

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

THAÍS MEDEIROS SILVA

REFLEXÕES SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL:
REPENSANDO A CULPA

CURITIBA
2010

THAÍS MEDEIROS SILVA

REFLEXÕES SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL:
REPENSANDO A CULPA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

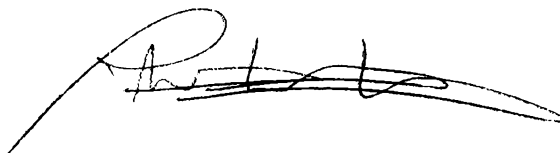
CURITIBA
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

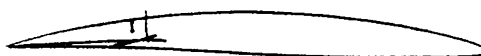
THAIS MEDEIROS SILVA

Reflexões sobre responsabilidade civil: repensando a culpa

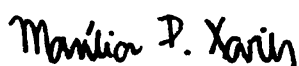
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



RODRIGO XAVIER LEONARDO
Orientador



EROULTHS CORTIANO JUNIOR
Primeiro Membro



MARÍLIA PEDROSO XAVIER
Segundo Membro

Aos meus pais, destinatários do maior amor que trago em mim; meus exemplos, minhas inspirações e minha segurança.

À memória de minha avó Ineide, a "vó Cida", que me ensinou a escrever as primeiras palavras e, assim, ajudou a lançar-me no caminho que me trouxe até aqui.

Meu amor eterno.

AGRADECIMENTOS

Lembro aqui de todas as pessoas que me ajudaram, de uma forma ou de outra, não só a concluir este trabalho, mas a atravessar os cinco anos de faculdade.

Aos meus pais, por nunca terem desistido de mim, por estarem ao meu lado em todos os momentos, incondicionalmente, e por se esforçarem tanto para me ensinar os valores que cultivam - não só em palavras, mas sendo eles mesmos **pessoas** a quem se pode admirar e de quem eu posso me orgulhar, e muito.

Ao meu irmão, Felipe, por ser (quase) sempre tão solícito e solidário com os **meus** mais variados tipos de problemas, e por dividir comigo, durante boa parte do percurso, a distância dos nossos pais; agradeço por ter me oferecido e continuar oferecendo o conforto de se ter com quem contar.

Ao meu avô, Ormino, *in memoriam*, que ao sair da Bahia, aos 13 anos, e buscar novas oportunidades em terras paranaenses, deu início à história da família. Ao meu avô Mário, por tornar minha vida melhor e mais divertida, pelo simples fato de existir, e por ser uma pessoa tão boa. A minha avó Ilda, por ser o meu melhor exemplo de como se atingir a doçura plena, após se enfrentar os muitos amargos da **vida**. À minha madrinha Keila, por sempre estar presente na minha vida, mesmo a **mais** de 6.700 km de distância. Ao meu padrinho Homero, por ser mais um porto seguro na minha vida, além de alegrá-la com música, cinema e arte.

Ao meu chefe, Dr. José Roberto Pinto Junior, pela compreensão e bondade que lhe são peculiares, inclusive permitindo que eu me dedicasse à pesquisa do presente trabalho. Agradeço ainda pelas valiosas lições de responsabilidade civil **ensinadas** na prática gabinete e, sobretudo, por ser exemplo de juiz a ser seguido.

Aos meus amigos, que tornaram a estrada muito mais feliz, animada e **divertida**, preenchendo-a com alegria, compreensão e companheirismo.

Por fim, um agradecimento especial ao meu professor e orientador, Rodrigo Xavier Leonardo, pela confiança que demonstrou em mim na sugestão do tema, minha gratidão. Por ser um professor que faz a diferença – fato este perceptível desde os primeiros dias de aula, em 2006, quando assumiu nossa então turma de **calouros**, no nosso primeiro ano de faculdade. Acima de tudo, minha admiração, por **ser um** exemplo de mestre, transparecendo, em atitudes e palavras, o amor pelo **Direito** e os valores que ensina aos alunos.

*“Tu te tornas eternamente responsável por
aquilo que cativas”*

Antoine de Saint-Exupéry
O pequeno príncipe

RESUMO

A responsabilidade civil enfrenta, no momento presente, uma crise doutrinária e legislativa. Os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil sofrem um constante ataque doutrinário, ante a insuficiência de resolverem, por si só, alguns dos muitos problemas gerados pelos “novos danos”. Nessa conjuntura, o estudo aqui desenvolvido busca repensar o papel da culpa, muitas vezes relegado a um segundo plano, na transição da responsabilidade subjetiva à responsabilidade objetiva. Expõe-se uma revisão de conceitos, pautada na doutrina de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, de modo a demonstrar, dentre outros argumentos, a ampla presença da culpa em nosso ordenamento jurídico. Propõe-se, com base nos pontos estudados, uma reflexão que busca colocar a culpa como um fator de humanidade, no direito civil.

Palavras chaves: responsabilidade, pressupostos, dano, culpa.

ABSTRACT

The civil liability currently faces a crisis, both doctrinal and legislative. Its traditional presuppositions are constantly admonished by the doctrine, given its insufficiency in resolving some of the many issues regarding the so called “new damages”. In this conjunction, the purpose of this paper is to re-think the role of fault - which many times is diminished - in the transition of fault liability to strict liability. Within the doctrine of Pontes de Miranda and Marcos Bernardes de Mello, a revision of concepts is presented in order to demonstrate, along with other arguments, the wide presence of fault in our legislation. Therefore, a reflection is proposed with the objective of contemplating fault as a factor of humanity in civil law.

Key words: liability, presuppositions, damage, fault.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ELEMENTO CULPA	9
1.1. PERSPECTIVAS SOCIOLÓGICAS DO CONCEITO DE CULPA.....	17
1.2. A TEORIA SUBJETIVISTA E O CONCEITO CLÁSSICO DE CULPA	24
1.3 A ECLOSÃO DO RISCO COMO FATOR DA RESPONSABILIZAÇÃO E A TENDÊNCIA À RESPONSABILIDADE OBJETIVA	27
2. O ELEMENTO CULPA	34
2.1. CONCEITO DE CULPA	34
2.2. CULPA CONTRATUAL E CULPA EXTRA CONTRATUAL	42
2.3. A CULPA NO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO CIVIL: O CÓDIGO CIVIL DE 2002	47
3. REVISANDO CONCEITOS TEÓRICOS E APRESENTANDO REFLEXÕES	51
3.1. O PRINCÍPIO DA TRANSUBJETIVIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL ..	51
3.2. “A CULPA QUE SAI PELA PORTA, RETORNA PELA JANELA”:	63
4. O PAPEL DOS TRIBUNAIS	73
CONSIDERAÇÕES FINAIS	82

INTRODUÇÃO

Estudar responsabilidade civil não se mostrou uma tarefa fácil. Desde manuais básicos sobre o tema, até livros de grandes monografistas, parece uníssona a constatação de que a matéria enfrenta, no momento presente, uma grande crise doutrinária e até mesmo legislativa.

“Este é o tempo das incertezas e vive-se sob o império do efêmero”, já advertia José Robson da SILVA.¹ A afirmação se aplica grandemente à matéria da responsabilidade civil.

Tão grandes são as incertezas e tão efêmeras as soluções, que não se trata de uma mera crise, como inicialmente colocado. Nas palavras de Rodrigo Xavier LEONARDO, estamos, sim, lidando com “sintomas de uma crise da crise”.²

A primeira crise reside na insuficiência da noção de responsabilidade subjetiva, pautada na culpa como norte principal do dever de indenizar. Nomeia-se, então, a responsabilidade objetiva, pautada no risco, como solução dos problemas até então conhecidos. Entretanto, mais uma vez não se está diante da solução salvadora – e exatamente aí residiria a segunda crise.

Mesmo assim, a doutrina, em geral, parece ensaiada para continuar atacando os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil, sem, contudo, voltar os olhos para as insuficiências dos conceitos que ela própria proclama como soluções. Nesse caos, resultado da assimetria dos sistemas e dos comentadores, poucas, porém de valor, são as vozes destoantes e questionadoras.

Nem sempre os resultados das reflexões teóricas dessa parte, instigadora e crítica, da doutrina, direcionam-se no mesmo sentido. E, exatamente aí, está o pote de ouro: as ponderações e questionamentos que se fazem, muitas vezes têm mais valor que as respostas em si.

Dito isto, cabe afirmar que o presente trabalho - orientado pelo professor Rodrigo Xavier LEONARDO, e cujo marco teórico principal se pauta na Teoria do Fato Jurídico da doutrina de PONTES DE MIRANDA, ampliada por Marcos

¹ SILVA, José Robson da. **Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1.

² LEONARDO, Rodrigo Xavier. **O regresso da culpa e a quantificação dos danos. Análise crítica do art. 944 do CCB**. Curitiba: UFPR. Palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito Civil da UFPR. 20 out. 2010.

Bernardes de MELLO - mostra-se, em muitos e fundamentais pontos, contrário a grande parte de uma doutrina bem fundamentada e de argumentos consistentes.³

Considera-se, contudo, tal situação válida, pois como ensinou o professor Eroulths CORTIANO JUNIOR, “o pesquisador não se limita fazer apenas reflexões teóricas, mas vai demonstrar os problemas e buscar as possibilidades da legislação”.⁴

Não se traz, aqui, soluções prontas – pois, “pouco em relação a este assunto está concluído e muito está em processo de construção”.⁵ Entretanto, problemas certamente são demonstrados e possibilidades da legislação igualmente são apontadas.

O tema escolhido, repensar o papel que a *culpa* desempenha hoje na responsabilidade civil, não é de fácil abordagem. A dificuldade inicial surgiu já na delimitação do tema.

Cumprе mencionar, de início, os caminhos diferentes trilhados pelo direito penal e direito civil, no que tange à reparação do dano. No direito penal, tem-se que a pena era aplicada a partir de uma constatação objetiva do evento danoso. Nesse diapasão, só interessava o *fato exterior* danoso. Entretanto, “com o desenvolvimento de idéias relacionadas à culpabilidade, surge, inicialmente, a denominada *concepção psicológica da culpabilidade*, dentro da qual, o dolo e a culpa em sentido estrito eram as duas espécies de culpabilidade”.⁶ Observa-se, assim, um caminho inverso ao trilhado no direito civil: da objetividade à subjetividade – esta última que levou à atual corrente normativa da culpabilidade.

Quanto ao caminho transcorrido na seara do direito civil, pela reparação de danos, será este o objeto do primeiro capítulo do presente trabalho, onde será feita uma análise do desenvolvimento da teoria destinada à culpa, na responsabilidade civil. Para tanto, será estudada a evolução sociológica do conceito de culpa, com seu delinear desde a *vindita* privada, passando pela codificação francesa, a qual

³ Especialmente no que tange à divisão ou unificação da responsabilidade civil contratual e extracontratual, aos conceitos formadores da noção de responsabilidade objetiva, às excludentes de culpabilidade, às fontes de responsabilidade civil, e, por fim, à quantificação do dever de indenizar com base na culpa.

⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Prefácio da obra: ALTHEIM, Roberto. **Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 10.

⁵ SILVA, J. R. *op. cit.* p. 375.

⁶ SEBASTIÃO FILHO, Jorge. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e seus reflexos na atividade empresarial**. Revista Jurídica da Faculdade União. Ano 4, nº 1. Ponta Grossa: Faculdade Educacional de Ponta Grossa, 2010. p. 81-91.

adotou - e exportou para outros ordenamentos cíveis - a culpa como critério primordial de imputação de responsabilidade civil, até se chegar na eclosão do risco, como fator de responsabilização.

No segundo capítulo, far-se-á uma análise do elemento *culpa* propriamente dito, analisando os critérios orientadores de sua noção, bem como os elementos que integram o conceito. Nesse capítulo, será desenvolvida a discussão doutrinária a respeito da separação ou unificação da responsabilidade em contratual e extracontratual, apresentando argumentos consistentes de ambos os lados. Por fim, serão lançados argumentos comprobatórios de que, a despeito da tendência doutrinária à objetivação da responsabilidade civil, sua vertente subjetiva ainda impera no centro do ordenamento jurídico civil.

Em seguida, no terceiro capítulo, será apresentada a teoria da *transsubjetividade da responsabilidade civil*, desenvolvida por Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA e ampliada por Marcos Bernardes de MELLO. Para tanto, partir-se-á da base da Teoria do Fato Jurídico, de mesma doutrina, a qual serve de substrato para o desenvolvimento da teoria da responsabilidade transsubjetiva.

Será demonstrado, ao longo da análise das fontes da responsabilidade civil e das excludentes de responsabilização, que não existe, no ordenamento jurídico pátrio, casos de responsabilidade objetiva. Isto porque, conforme restará explicado, não existe, nas previsões legislativas de responsabilidade sem culpa, objetividade em sua acepção científica.

Abordar-se-á, ainda, a discussão a respeito da utilização da culpa como fator de quantificação da reparação civil – idéia esta adotada pelo Código Civil de 2002, no seu artigo 944, parágrafo único. Como objeto de uma reflexão final, serão expostos os problemas da delineação teórica trilhada pela responsabilidade civil na atualidade, com o aumento incontrolado de danos a serem indenizáveis.

Buscar-se-á demonstrar que, nas palavras do professor Rodrigo Xavier LEONARDO, “a culpa é um elemento de 'humanidade' no direito civil que, talvez, não estejamos prontos para abandonar”.⁷

Por fim, será abordado o importante papel desempenhado pela jurisprudência no desenvolvimento da responsabilidade civil – ou do direito de danos – na atualidade. Para tanto, serão analisados alguns julgados, de modo a se

⁷ LEONARDO. *O regresso da culpa... op. cit.*

observar como os tribunais vêm se posicionando em casos controversos de responsabilidade civil.

Cumprе destacar que o trabalho aqui desenvolvido busca lançar sobre a culpa novos olhares – jamais defender seu retorno como fator primordial de responsabilização. Incontestavelmente, a teoria do risco e a perspectiva da matéria sob o viés do Direito de Danos veio para agregar positivamente à responsabilidade civil.

Contudo, uma vez constatadas as insuficiências da objetivação da responsabilidade civil, e mesmo de seu embasamento exclusivamente pela perspectiva do dano, é dever do estudante, do jurista, e do aplicador do direito desenvolver reflexões de modo a enfrentar a questão e construir soluções.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ELEMENTO CULPA

Tão profundas foram as modificações sofridas na vida em sociedade, com o lucro em papel de destaque, o pulsante desenvolvimento industrial e a crescente complexização das relações humanas, que a Responsabilidade Civil assumiu papel fundamental no Direito Civil.⁸

Cabe mencionar, de pronto, a distinção entre obrigação e responsabilidade, uma vez que o estudo da Responsabilidade Civil está compreendido no ramo das Obrigações, dentro do Direito Civil.

Obrigação é um vínculo jurídico entre credor (sujeito ativo) e devedor (sujeito passivo), conferindo àquele o direito de exigir deste o cumprimento de determinada prestação. A obrigação deve ser cumprida de forma espontânea e surge de diversas causas. Quando ocorre o descumprimento da obrigação, dá-se origem à responsabilidade.⁹ “A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional”, afirma Carlos Roberto GONÇALVES, para, logo em seguida, salientar a independência entre elas, a despeito de sua correlação.¹⁰

O estudo da responsabilidade civil está, portanto, compreendido no direito obrigacional, uma vez que “a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos”.¹¹

⁸ Assim se manifestou Marcos Bernardes de MELLO: “A partir da revolução industrial, pelo menos, e do conseqüente desenvolvimento econômico dela resultante, o mundo social veio experimentar profundas mudanças. O aumento significativo das populações urbanas, conduzindo à formação de grandes concentrações humanas, o uso de novos meios de transporte, como o trem, inicialmente, o automóvel depois, e por fim, o avião, a produção em escala industrial de bens de consumo e de bens duráveis, ensejam a possibilidade cada vez mais crescente de que ocorram danos a terceiros, sem que seus autores tenham qualquer vontade em impingir-los, ou mesmo que tenham atuado com negligência ou imprudência. A sociedade viu ampliar-se a complexidade das relações de convivência social, tomando-as cada vez mais passíveis de gerarem conflitos intersubjetivos, o que lhe impõem a necessidade de adotar critérios para resolvê-los, em homenagem aos valores de justiça e segurança” (MELLO, Marcos Bernardes. **Responsabilidade civil do produtor e do fornecedor por vício ou defeito do produto ou do serviço: uma revisão de conceitos**. In: Temas de Direito Civil Contemporâneo. Estudos sobre o direito das obrigações e contratos em homenagem ao professor Paulo Luiz Netto Lôbo. Coordenadores: Marcos Ehrhardt e Daniel Conde Barros. Salvador: JusPodivm, 2009.p. 485).

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2.

¹⁰ O autor cita, como exemplo de responsabilidade sem obrigação, o caso do fiador, responsável pelo pagamento do débito do afiançado, este sim sujeito passivo da obrigação original. Ibidem. p. 3.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 7ª Edição atualizada e ampliada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2.

O instituto da responsabilidade civil recorrentemente traz reflexões e questionamentos complexos, principalmente em relação aos pressupostos necessários à sua incidência.

Com efeito, já afirmavam os irmãos Henri e Léon MAZEAUD e André TUNC, em sua clássica obra sobre responsabilidade civil, que “se há uma matéria que se tenta abordar sem definir, é a da responsabilidade civil”.¹²

Parece coerente a explicação de José de Aguiar DIAS para tanto, ao expor a magnitude da matéria, afirmando que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”.¹³

Além da importância jurídica, é pertinente observar os diversos significados passíveis de serem atribuídos ao vocábulo. PONTES DE MIRANDA ressaltou as inúmeras acepções da expressão responsabilidade:

Cumpre, porém, que acentuemos o conceito de *responsabilidade*. A expressão “responsabilidade” é suscetível de várias acepções. Uma delas, peculiar aos adeptos da doutrina do livre arbítrio, repugna à ciência. Outra, mais restrita, refere-se à distinção, aliás bem vaga e imprecisa, entre psicologia normal e patológica; é o critério dos psiquiatras e da antropologia criminal. Outra, finalmente, existe, que é rigorosamente *sociológica*, e constitui o objeto das nossas cogitações. As espécies sociais de responsabilidade não se confundem com os fatos e limites que interessam à psicologia normal e patológica, ou à antropologia criminal. A responsabilidade resulta de fatos sociais, de relações da vida, porque também ela é fato social, sujeito a tentativas de caracterização e de exame em estado bruto, ou purificado de elementos que o obscureçam. Quando se pune o assassino ou o ladrão, ou a opinião pública se exalta contra o descaminhador de mulheres, ou a família afasta do seu seio o membro que a desonrou, tais julgamentos de responsabilidade são reflexos individuais, psicológicos, de fato exterior, social, objetivo, que é a *relação de responsabilidade*.¹⁴

Expõe, portanto, a idéia de responsabilidade como fato social. Idéia esta compartilhada também por José de Aguiar DIAS, ao afirmar que “resta, rigorosamente, sociológica a noção da responsabilidade como aspecto da realidade social. Decorre dos fatos sociais, é o fato social”,¹⁵ sintetiza o autor.

¹² Tradução livre de: MAZEAUD, Henri et Léon. TUNC, André. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. t. I. Paris: Éditions Montchrestien, 1957. p. 32. No original: “S’il est un sujet qu’on soit tenté d’aborder sans le définir, c’est bien celui de la responsabilité civile”.

¹³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª Ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 3.

¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial**. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966. p. 03.

¹⁵ DIAS. *op. cit.* p. 03.

Do mesmo modo Carlos Roberto GONÇALVES, também em sintonia com o pensamento de PONTES DE MIRANDA, defende que a idéia de responsabilidade é regra elementar de equilíbrio social, de modo que a própria responsabilidade é um fenômeno social.¹⁶ Diz ele:

A palavra "responsabilidade" origina-se do latim *re-spondere*, que encerra a idéia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir.¹⁷

Na esteira do pensamento de Carlos Roberto GONÇALVES, o jurista Rui STOCO defende que na origem da palavra é possível captar a noção de responsabilidade, que seria "responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos".¹⁸

Marcos Bernardes de MELLO traz sua definição de responsabilidade civil pautada na imputação do dever de indenizar. Diz o autor: "a responsabilidade civil consiste na imputação a alguém do *dever de indenizar* outrem por ato próprio, ou de terceiro, ou ainda, pelo fato da coisa ou do animal".¹⁹ Destaca-se, na definição apresentada, a idéia de imputar um dever de indenizar, tornar *in denne*, ou seja, levar à situação anterior, como se o dano não houvesse ocorrido.

É cultural e lógico o interesse da sociedade buscar formas de reparar danos, como mecanismo de manutenção da ordem e do equilíbrio social.

Também defendendo um papel de manutenção do equilíbrio social a ser atribuído à responsabilidade civil, Maria Helena DINIZ afirma que a responsabilidade civil se presta à redistribuição de riquezas - sempre observando os ditames de justiça. Tutelaria, assim, a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades presentes e futuras, a um sujeito determinado.²⁰

É possível deduzir, diante de tais colocações, que o objetivo maior da responsabilidade civil é restaurar o equilíbrio perdido, tanto patrimonial quanto moral.

¹⁶ GONÇALVES. **Responsabilidade...** *op. cit.* p. 3.

¹⁷ *Ibidem.* p. 18.

¹⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 118.

¹⁹ MELLO. **Responsabilidade...** *op. cit.* p. 497.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 7. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 5.

O professor Luiz Edson FACHIN, ao abordar o tema, demonstra a dificuldade de se atingir tal objetivo, só sendo possível uma justa referência, com a transcrição total de suas palavras:

A responsabilidade civil, como se sabe, não é apenas uma expressão vernacular ou um nome que designa figura de direito ou instituto jurídico; trata-se de uma qualificação que indica e traduz a natureza do que nela se contém, projetando-se, ora como luz, ora como sombra, de um conjunto de valores dominantes e normas vigentes que numa dada sociedade compõem a escultura sistemática do Direito. É um fenômeno jurídico que perfaz uma relevante mediação entre certas práticas sociais e a sua respectiva proteção ou reprovação jurídica, e que, por isso mesmo, invariavelmente se localiza no centro de intempestivas discussões.²¹

Embates teóricos e discussões doutrinárias sempre permearam o estudo da responsabilidade civil. Mesmo porque, como colocou Roberto ALTHEIM, “os elementos da teoria da responsabilidade civil não são imutáveis. São eles na realidade vinculados a conjunturas temporais e espaciais, de forma que variam com o decorrer do tempo e são diferentes para cada local”.²²

Historicamente, e ainda de acordo com a teoria clássica, a responsabilidade civil se pauta em três pressupostos, quais sejam, “um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposos e o mesmo dano”.²³

O presente trabalho, conforme mencionado, focará seu estudo no segundo elemento dentre os citados: a culpa – objeto de grande parte das discussões doutrinárias mencionadas anteriormente. Discussões, estas, que versam principalmente acerca de seu papel como pressuposto de incidência da responsabilidade civil.

Neste contexto, resgata-se o olhar sociológico sobre a culpa e demonstra-se que o Direito é uma ciência voltada para a eficácia social da dignidade da pessoa humana. Procura-se demonstrar, assim, que, ainda que esteja constantemente relegada a um papel secundário, a culpa ainda desempenha papel fundamental no direito civil.

²¹ FACHIN, Luiz Edson. **Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação**. Curitiba: UFPR. Palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito Civil da UFPR. 19 out. 2010.

²² ALTHEIM, Roberto. **Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 14.

²³ GONÇALVES. **Responsabilidade...** *op. cit.* p. 4.

1.1. PERSPECTIVAS SOCIOLÓGICAS DO CONCEITO DE CULPA

A Responsabilidade Civil e, mais especificamente, seu elemento culpa, foi, como mencionado anteriormente, um dos temas que mais experimentou os efeitos do transcurso do tempo, bem como as implicações de numerosas reflexões teóricas, no direito civil.

Ao se abordar o tema, torna-se imperioso invocar seu viés sociológico. Para se compreender os deslindes contemporâneos da matéria de Responsabilidade Civil, bem como para entender as modificações experimentadas pela concepção de culpa, é imprescindível analisar seu passado, de modo a verificar como o homem construiu e tutelou seu conceito, transcendendo sua apreciação meramente moral, até se chegar ao seu acolhimento pelo mundo jurídico.

Não há pretensão de atribuir à matéria desenvolvimento linear, através de análise histórico-introdutória. Criticava reiteradamente, o professor Ricardo Marcelo FONSECA, em suas aulas de História de Direito, na Universidade Federal do Paraná, a utilização da história com fim meramente introdutório.²⁴ Buscar-se-á entender os lineamentos históricos da responsabilidade civil, e da culpa em particular, pontuando alguns momentos de fundamental importância, sem, contudo, realizar um mapeamento histórico ou mesmo uma periodização.

Foi esta a opção metodológica utilizada pelos irmãos Henri e León MAZEAUD e André TUNC, desenhando uma evolução geral da responsabilidade civil, com o objetivo de a melhor compreender e medir sua importância. Os autores franceses, ao longo de sua extensa obra, trazem as idéias fundamentais sobre o assunto e analisam suas modificações ao longo do tempo, como forma de compreender as soluções contemporâneas para os problemas da responsabilidade civil.²⁵

²⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Curso de História do direito**. Ministrado na Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2.006.

²⁵ Nesse sentido: "Tracer l'évolution générale de la responsabilité civile permet à la fois de mieux la comprendre et d'en mesurer plus exactement l'importance. Il ne s'agit point ici d'étudier dans ses détails l'histoire de la responsabilité civile, mais seulement de rappeler comment les idées fondamentales qui dominent le sujet se sont modifiées au cours des siècles. On ne saurait, sans cela, découvrir le pourquoi des solutions adoptées de nos jours". Em tradução livre: "Desenhar a evolução geral da responsabilidade civil permite ao mesmo tempo a compreender melhor e medir mais exatamente sua importância. Não se pretende aqui estudar os detalhes da história da responsabilidade civil, mas somente lembrar como as idéias fundamentais, que dominam o assunto, se modificaram ao longo dos séculos. Não podemos, sem isso, descobrir o porquê das soluções adotadas em nossos dias". MAZEAUD. *op. cit.* t. I. p. 31.

Entretanto, quando se trata de responsabilidade civil, a tarefa se torna ainda mais árdua, pois como apontou Caio Mário da Silva PEREIRA, citando Alex WEILL e François TERRÉ, é grande a dificuldade em “precisar o histórico da responsabilidade civil”.²⁶ Aponta o autor que, no direito romano, não se chegou a construir uma teoria da responsabilidade civil, tendo seu tratamento se baseado na verificação dos casos concretos, nas decisões dos juízes e pretores, nas respostas dos jurisconsultos e nas constituições imperiais. “Certo é, entretanto, que nos mais antigos monumentos legislativos, que antecederam por centenas de anos a civilização mediterrânea, vestígios há de que o tema fora objeto de cogitações”, informa o autor.²⁷

O desenvolvimento da responsabilidade civil no direito romano tem início na vingança privada, para então passar ao princípio que considerava ilícito fazer justiça pelas próprias mãos. José de Aguiar DIAS explica ser este último o momento em que a autoridade do Estado é confirmada.²⁸

Observa-se, portanto, como aponta Carlos Roberto GONÇALVES, que não se cogitava do fator culpa, nos primórdios da história humana. “O dano provocava reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito”.²⁹

A reparação, se é que assim se pode chamar a consequência do dano causado, era a própria retaliação ao ofensor. Wilson Melo da SILVA ensina que “quem lesava contava com a reação desordenada do ofendido”. Prossegue afirmando:

[...] culpa, se houvesse, objetivar-se-ia no próprio dano, bastando, para que se exercesse a vingança sanguinolenta, ou sua sucedânea, a composição econômica, a simples relação de causa e efeito entre o ato e o prejuízo dele decorrente.³⁰

Tratava-se do império da vingança privada, a qual, de acordo com MAZEAUD e TUNC, escapa do domínio do direito.³¹ No caso de a vingança não

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 01.

²⁷ Idem.

²⁸ DIAS. *op. cit.* p. 29.

²⁹ GONÇALVES. **Responsabilidade...** *op. cit.* p. 04.

³⁰ SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 16.

³¹ “A l'origine, le problème échappe en quelque sorte à l'emprise du droit: ni lês usages, ni, à plus forte raison, la loi ne se préoccupent en quoi que ce soit lês dommages causés aux particulieres; temps primitifs où la liberte de chacun n'a d'autres limites que la force de sês semblables. Mais la force

poder ser executada de pronto, sucedia a vindita meditada, posteriormente resultando na Lei do Talião, a qual imperou como a vingança privada, do “olho por olho, dente por dente”.³²

No século V a. C., já se tem uma autoridade soberana, entrando em cena a idéia de uma reparação econômica do dano. Veda-se, ao lesado, fazer justiça pelas próprias mãos. “É a época do Código de Ur-Naamu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas”.³³

Porém, ainda na lei das XII Tábuas, no extrato da Tábua VIII, encontrava-se a herança da época da vingança privada, no seguinte dispositivo “*si membrum rupsit ni cume o pacit talio est*”.³⁴

O Estado passa, então, a intervir,³⁵ assumindo a função de punir e incorporando a ação repressiva, que dá origem à ação de indenização.³⁶ José de Aguiar DIAS descreve a mudança afirmando que, da justiça punitiva exclusiva, evolui-se para a justiça distributiva,

[...] percebendo que, indiretamente, era também atingida por certas lesões irrogadas ao particular, porque perturbavam a ordem que se empenhava em manter. Resultou daí a cisão dos delitos em duas categorias: os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Aqueles eram reprimidos pela autoridade, como sujeito passivo atingido; nos últimos, intervinha apenas para fixar a composição, evitando os conflitos.³⁷

appelle la force; celui est frappé cherche à se venger, à rendre le mal pour le mal”. Em tradução livre: “Na origem, o problema escapa de alguma maneira ao domínio do direito: nem os usos, nem, a mais forte razão, a lei se preocupam em quais são os danos causados aos particulares; tempos primitivos onde a liberdade de cada um não tem outros limites que a força de seus semelhantes. Mas a força chama a força; aquele que apanhou procura se vingar, causar o mal pelo mal”. MAZEUD. *op. cit.* t. I. p. 32.

³² GONÇALVES. **Responsabilidade...** *op. cit.* p. 04.

³³ *Ibidem.* p. 05.

³⁴ “Mutilado um membro, se não houver acordo, imponha-se a Lei do Talião”. DIAS. *op. cit.* p. 26.

³⁵ É o momento em que, paulatinamente, observa-se o início da tutela do instituto da culpa pelo Direito. Tal fenômeno ocorre também em outras áreas do conhecimento e, sobre ele, assim se manifestou PONTES DE MIRANDA: “Mas em Direito, como em Sociologia, muito ainda existe de ontológico que é preciso extirpar-se. Eliminados os critérios teológicos e evidentemente metafísicos, que consideravam a ordem social como obra de Deus, da reta Razão, da Natureza, etc., persistiram os resquícios de entidades, e ainda nos espíritos mais livres de tais vícios de pensamentos, são encontráveis sinais inconfundíveis. Em vez de terem por efeito interno o julgamento de responsabilidade, que seria explicado como manifestação psicológica da relação social, objetiva, de responsabilidade, entendem que tais julgamentos, por serem jurídicos ou morais, não significam, especulativamente, fatos; traduzem o sentimento que têm do que é justo, moral ou juridicamente obrigatório, os que os pronunciavam, mas acrescentam (e aqui discordamos) que, conseqüentemente, eles se referem, explicitamente ou não, a regras. (e. g. PAUL ELTZBACHER, *Über Rechtsbegriffe*, 26-27; PAUL FAUCONNET, *La Responsabilité*, 2-5)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *op. cit.* t. LIII. p. 4).

³⁶ MAZEUD. *op. cit.* t. I. p. 19.

³⁷ DIAS. *op. cit.* p. 27.

O professor António dos Santos JUSTOS afirma que, com o progresso da sociedade e a diversificação da economia, apareceram novas situações danosas, clamando por uma proteção mais eficaz. Neste ambiente, nos anos 287 ou 286 a.C., aprovou-se um plebiscito rogado pelo tribuno *Aquilius*, dando origem à Lei Aquilia.³⁸

Afirma, o professor português que, com o advento da *Lex Aquilia*, ocorre o surgimento de um princípio geral regulador da reparação do *damnum*, atentando a requisitos determinados. A responsabilidade aquiliana traz, pela primeira vez, a necessidade de obedecer determinados elementos predeterminados; quais sejam: dano (*damnum*), antijuridicidade do ato danoso (*iniuria*), causalidade e *aestimatio* (indenização pautada no maior valor que a coisa teve em determinado período de tempo).

António dos Santos JUSTOS defende que não se verificava a culpa, uma vez que a consciência e a vontade interna não eram consideradas.³⁹ Defende que, apenas posteriormente, quando a *Lex Aquilia* se mostrou incapaz de solucionar todos os conflitos, sucedeu-se uma modificação do conceito de antijuridicidade, que passou a agregar um elemento subjetivo. Esse elemento, de acordo com o professor, seria a culpa.

E a posição é compartilhada pelos MAZEAUD, conforme alude José Aguiar DIAS, ao se manifestar sobre os irmãos franceses:

[...] opinam a seguir que foi somente no fim da República, sob influência das idéias gregas, que surgiu a concepção da culpa aquiliana. Negam, pois, que a noção de culpa se contivesse na Lei Aquilia como elemento constitutivo do delito. Com eles, estão vários autores, como Betti, Cozzi e Pezzella. Do lado oposto, sustentando a indispensabilidade da culpa como elemento caracterizador do delito, e repelindo a hipótese de que seja mera interpolação o princípio famoso – *In Lege Aquilia et levissima culpa venit* – estão Girard, Gaston May, Cuq, Ihering e outros.⁴⁰

Conforme exposto, a origem do conceito de culpa é controversa.

Também Caio Mário da Silva PEREIRA, ao dissertar sobre a importância do surgimento da Lei Aquilia, atribuiu a ela a origem do elemento culpa como condição para a reparação do dano. Atribuiu, também, a denominação de *aquiliana* para

³⁸ JUSTOS, António dos Santos. **Responsabilidade extracontratual no direito romano. Breve referência ao direito português**. Curitiba: UFPR. Palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito Civil da UFPR. 21 out. 2010.

³⁹ Idem.

⁴⁰ DIAS. *op. cit.* p. 57.

designar a responsabilidade extracontratual.⁴¹ E nisto, há consonância entre seu o pensamento e o de António dos Santos JUSTOS, que afirmou ter sido na *Lex Aquilia de damno* a origem da responsabilidade extracontratual.⁴²

Para os autores defensores da idéia de que a culpa surgiu junto com a Lei Aquilia, a noção de ilícito se baseava no fato, e não em condições subjetivas.

“Culpa é, de início, o próprio delito, a qualidade do que é delitual, no antigo direito romano”, no dizer de José Rodrigues Vieira NETTO, que prossegue defendendo que “a culpa, como falta a um dever ou infração à lei, não traz em si o subjetivo de prejudicar. (...) Teria de haver um ato positivo (*in comittendo*) praticado diretamente e com aquela ilegitimidade”.⁴³

Por sua vez, Alvino LIMA, declara que a discussão possui apenas interesse teórico, não exercendo influência sobre os problemas da responsabilidade extracontratual.⁴⁴

De todo modo, é “na Idade Média, com a estruturação da idéia de dolo e de culpa *stricto sensu*, seguida de uma elaboração dogmática da culpa, que distinguiu-se a responsabilidade civil da pena”.⁴⁵ O ordenamento jurídico francês, como se verá a seguir, veio para aprimorar essa divisão.

1.1.1. O Direito francês

É na legislação francesa que surge um princípio geral da responsabilidade civil. O Código de Napoleão, pautando-se na a idéia geral da lei aquiliana, acaba por servir de modelo para grande parte das legislações civis da atualidade.⁴⁶ O novo diploma se pauta na idéia de *faute* como fundamento para reparar o dano, conforme

⁴¹ PEREIRA. *op. cit.* p. 04.

⁴² JUSTOS. **Responsabilidade...** *op. cit.*

⁴³ NETTO, J. R. Vieira. **O risco e a imprevisão: Duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. Coordenação: Instituto dos Advogados do Paraná. Edição Póstuma. Curitiba: Juruá, 1989.p. 30.

⁴⁴ LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963. p. 27.

⁴⁵ DINIZ. *op. cit.* p. 10.

⁴⁶ “Trata-se de obra monumental para a época, que representava o esplendor do sistema jurídico fechado. Com efeito, houve a pretensão de codificação de todas as normas imagináveis à época, de modo que caberia ao magistrado ser mero aplicador da lei (*la bouche de la loi*), segundo expressão imputável a Montesquieu. Cumpre observar, por outro lado, que a matéria concernente à responsabilidade civil não mereceu capítulo autônomo”. MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo**. São Paulo: Atlas. 2006. p. 2.

se observa pela leitura de seu art. 1.382: “Todo ato humano que causa a outro um dano obriga aquele que realizou o dano a reparar”.⁴⁷

Causou certa confusão, no direito francês, o termo *faute*, que pode significar culpa ou erro – ou seja, pode se referir à responsabilidade jurídica ou à responsabilidade moral.

Como consequência, alguns autores, como René SAVATIER, utilizaram uma concepção moral de culpabilidade, levando em conta apenas o aspecto subjetivo. Já outros autores, como os irmãos Henri e Léon MAZEAUD, empregaram o critério objetivo para definir a culpa, comparando a conduta do causador do dano e a conduta de um homem médio. Para os últimos, verificar-se-ia a culpa caso o dano resultasse de uma imprudência, imperícia ou negligência do agente causador do dano, que não fosse característica do homem-padrão, este criado pelo julgador.⁴⁸

Importante destacar que, a noção construída pelos juristas Robert Joseph POTHIER e Jean DOMAT, e que serviu de base para o Código Civil francês, pauta-se no:

[...] duplo aspecto da inexecução dos contratos e das obrigações estabelecidas sem convenção, isto é, delitos e quase-delitos. Em relação à segunda espécie, não houve discrepância, no estabelecer a necessidade da culpa para criar a responsabilidade do autor do dano.⁴⁹

O próprio autor explica a teoria trazida pela dupla francesa, dizendo que:

[...] se era necessária a culpa para estabelecer a responsabilidade, qualquer culpa era suficiente. Não era preciso que o autor do dano tivesse vontade de causar o dano (culpa delitual); bastava a imprudência ou negligência (culpa quase-delitual).⁵⁰

Portanto, a legislação francesa, ao tratar da responsabilidade civil, estabeleceu certos critérios: direito à reparação sempre que houvesse culpa, separando-se responsabilidade civil (perante a vítima) e responsabilidade penal (perante o Estado); existência de uma culpa contratual (descumprimento das obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas que se origina da negligência ou imprudência.

⁴⁷ GOLÇALVES. **Responsabilidade...** *op. cit.* p. 9. Tradução livre do original: “Tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”.

⁴⁸ GOLÇALVES. **Responsabilidade...** *op. cit.* p. 10.

⁴⁹ DIAS. *op. cit.* p. 58.

⁵⁰ Idem.

Carlos Roberto GONÇALVES defende ser esta idéia a generalização do princípio aquiliano anteriormente citado, "*in lege aquilia et levissima culpa venit*" - a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.⁵¹

O resultado de tais reflexões é que a idéia de responsabilidade civil, com fundamento na ocorrência na culpa, saiu do diploma francês, para "inserir-se na legislação de todo mundo".⁵²

Faz-se necessária, dessa forma, uma análise de como os demais ordenamentos jurídicos lidaram com a questão dos fundamentos da responsabilidade civil.

1.1.2. Os sistemas jurídicos de outros países

De acordo com o sistema alemão, "ninguém é responsável senão quando procede com culpa, que emerge sempre que se violam obrigações contratuais ou legais".⁵³ Carlos Roberto GONÇALVES aponta, com base nisso, a desarmonia dessa doutrina, pois apresenta uma noção subjetiva da culpa, mas a delimita de forma objetiva.

Quanto aos demais sistemas, tem-se o projeto franco-italiano do Código das Obrigações, que fixa em seu artigo 74 o princípio da responsabilidade aquiliana, ampliando sua concepção com a aplicação do abuso de direito. O Código Civil chinês, de 1929, traz em seu artigo 183 a consagração do mesmo princípio da responsabilidade, não sem elencar algumas exceções.⁵⁴

De forma a sintetizar a situação, Alvino LIMA afirma que a teoria da culpa foi consagrada, em todas as legislações vigentes, como sendo o princípio fundamental.⁵⁵ Cabe analisar, deste modo, a teoria que consagrou a culpa como pressuposto fundamental da responsabilidade civil: a subjetivista.

⁵¹ GONÇALVES. **Responsabilidade...** *op. cit.* p. 6.

⁵² DIAS. *op. cit.* p. 30.

⁵³ *Ibidem.* p. 61.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ LIMA. *op. cit.* p. 42.

1.2. A TEORIA SUBJETIVISTA E O CONCEITO CLÁSSICO DE CULPA

A responsabilidade calcada na idéia de culpa é chamada de subjetiva. “Conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano”, explica Carlos Roberto GONÇALVES.⁵⁶

A teoria clássica da Responsabilidade Civil, também chamada de teoria da culpa ou subjetiva, preceitua que deve responder pelo dano quem possa ser moral e materialmente imputado, ou seja, quem agir com culpa.⁵⁷

A premissa básica, trazida pela teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva, pode ser sintetizada no seguinte provérbio francês: “*qui casse lês verres lês paye*”, ou, em tradução livre, “quem quebrar os vidros que os pague”.⁵⁸ O autor do dano, causado culposamente, portanto, deve responder por ele.

O direito romano já trazia idéia similar com seu *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*,⁵⁹ trazendo os valores de honestidade e justiça, bem como proibindo a lesão a terceiro.

Esta teoria está embasada na noção de culpa subjetiva, segundo a qual é necessário que, para a incidência do fato jurídico indenizativo, o sujeito responsável por causar o dano, tenha agido com a intenção de causá-lo.

Destaca-se, ainda, que na noção clássica de responsabilidade civil, era da vítima o ônus de provar que o agente causador do dano agiu culposamente.

Marcos Bernardes de MELLO salienta a influência do cristianismo na formação dessa concepção, mais precisamente do catolicismo. Diz ele que “a concepção de responsabilidade civil por danos causados a terceiros atravessou os séculos impregnada da idéia de sua vinculação à *culpa* (sentido civilístico = ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que viola direito e causa dano)”.⁶⁰

Seguindo o pensamento de Marcos Bernardes de MELLO, é possível constatar que o conceito clássico apresentado, sobre o qual foram construídas as bases da Teoria da Responsabilidade Civil, reflete, em grande parte, as noções de culpa trazidas pela consciência moral e religiosa que regiam a humanidade.

⁵⁶ GOLÇALVES. *Direito civil... op. cit.* p. 30.

⁵⁷ SILVA, W. M. *op. cit.* p. 14.

⁵⁸ *Ibidem.* p. 5.

⁵⁹ “Viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada um o que é seu”.

⁶⁰ MELLO. *op. cit.* p. 485.

Ao se fazer uma análise sociológica do conceito de culpa, depara-se com a noção de culpa coletiva, para a qual toda a comunidade é responsabilizada pelo delito de terceiros, pagando por eles pelo simples fato de integrar a mesma comunidade.

Tal idéia é recorrente na Bíblia e pode ser encontrada em passagens tais como as anedotas da Arca de Noé, da Torre de Babel e já mesmo na narrativa de Adão e Eva, quando Adão pagou pelo pecado original de Eva. Em todas os exemplos dados, observam-se terceiros, alheios ao ilícito cometido, sendo punidos pela falta de um ou mais indivíduos.

Esta noção foi construída ao longo de séculos de história canônica dos mitos religiosos, sendo reforçada ainda pela Igreja Católica e pelas demais religiões cristãs, que indicam, como única forma de se livrar da culpa, a expiação individual dos pecados, reportando-se diretamente a Deus através da confissão e da penitência.

Desta feita, historicamente, a noção de culpa que permeou o imaginário da humanidade, regindo suas ações, pautava-se na premissa de que, caso um indivíduo pecasse, a comunidade toda pagaria por sua falta, ainda que houvesse indivíduos inocentes entre eles.

Observe-se a seguinte passagem da Bíblia, trazida pelo Livro de Levítico, 4: 13: “Se for toda a comunidade de Israel que pecar sem intenção, fazendo o que é proibido em qualquer dos mandamentos do Senhor, ainda que não tenha consciência disso, a comunidade será culpada”.⁶¹

A idéia de culpa coletiva se referia não apenas ao castigo divino, voltado à coletividade pecadora, mas também ao castigo da própria civilização contra o indivíduo faltoso. Maria Helena DINIZ afirma que “*historicamente*, nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes”.⁶²

Posteriormente, e ainda seguindo a análise sociológica, tem-se um impacto sensível na concepção coletiva de culpa, causado pela modernidade,⁶³ quando se

⁶¹ LEVÍTICO. In: BÍBLIA Sagrada. 10ª ed. São Paulo: Ave Maria, 1997. Cap. 4, vers. 13, p. 146.

⁶² DINIZ. *op. cit.* p. 9.

⁶³ Roberto ALTHEIM comenta a passagem do direito da Idade Média à Modernidade, trazendo três características desta última: universalismo, todos os seres humanos passam a ser vistos como iguais; individualismo, os seres humanos passam a ser considerados como pessoas concretas e não integrantes de uma coletividade, atribuindo-se valor ético à sua individualização; racionalismo, os seres humanos são aptos a pensarem por si mesmos. ALTHEIM. *op. cit.* p. 21-22.

passou a conceber uma culpa mais individualizada. A modernidade emancipou a consciência do homem. Miguel REALE comenta a redução individualista afirmando que, em neste momento, “o homem coloca-se no centro do universo e passa a indagar a origem daquilo que o cerca. Não recebe do alto qualquer explicação, porque sujeita tudo a uma verificação de ordem racional”.⁶⁴

Dentro deste contexto, é coerente a concepção de uma responsabilidade civil pautada na culpa subjetiva, quando apenas através da culpa do sujeito, individualizada, fosse possível a incidência do dever de indenizar.

E sobre essas bases, o direito fundamentou a teoria clássica da responsabilidade civil, para qual, a culpa do causador do dano é pressuposto fundamental para que surja o dever de indenizar.

“Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa”, afirma Carlos Roberto GONÇALVES.⁶⁵

Marcos Bernardes de MELLO salienta o papel do ato ilícito, como requisito necessário para que ocorra a incidência de responsabilidade civil. O dever de indenizar somente surgiria se o ato fosse danoso e *injusto*, de modo que “a ilicitude decorrente da culpa, assim, seria o elemento essencial à configuração de responsabilidade civil”.⁶⁶

Com efeito, Caio Mario da Silva PEREIRA, afirma que “a essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribuiu para o prejuízo sofrido pela vítima”.⁶⁷ Enfatiza-se, dessa forma, não apenas o dano, mas a conduta subjetiva do causador do dano. Sem olvidar-se do nexo de causalidade existente entre a conduta praticada e o dano gerado.

Prevalecia a noção de culpa pautada no fato *in comittendo*, ou seja, positivo, previsto em lei.⁶⁸ Conclui-se, com isso, que a responsabilidade só existiria nos casos em que a lei assim o determinasse.

A base desta concepção de responsabilidade civil é bem elucidada por José Rodrigues Vieira NETTO, para quem é necessária a existência de uma ação ou omissão de um dever de não lesar, causando dano a terceiro. “A infração do dever

⁶⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 645.

⁶⁵ GONÇALVES. **Direito...** *op. cit.* p. 30.

⁶⁶ MELLO. *op. cit.* p. 485.

⁶⁷ PEREIRA. *op. cit.* p. 29.

⁶⁸ NETTO. *op. cit.* p. 22.

jurídico traz em seu conteúdo o conhecimento do dever (imputabilidade moral) e a obrigação de observá-lo”, aduz o autor.⁶⁹

Importante salientar que o conceito de culpa abrange a culpa propriamente dita, e o dolo do agente.

Nada obstante, as alterações econômicas e a sociedade de massa deslocaram o foco da análise, realizada por parte da doutrina, da culpa para o risco.

1.3 A ECLOSÃO DO RISCO COMO FATOR DA RESPONSABILIZAÇÃO E A TENDÊNCIA À RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Com o desenvolvimento industrial, a expansão da economia e a modernização das relações de trabalho, surgiram novos tipos de riscos a serem tutelados.⁷⁰ José Robson da SILVA assim descreve este momento:

Racionalismo tecnológico e incalculabilidade dos eventos marcam intrinsecamente o projeto tecnocientífico orientado que está pela seguinte idéia: “se pode ser feito será feito”. Este olhar com os seus pressupostos de utilidade e quantidade afeta todos os setores da vida. Afeta os consumidores de tecnologia e os não consumidores e coloca em risco o ambiente.⁷¹

O conceito tradicional de culpa não se mostrava, como se pode constatar, suficiente para a satisfação de todos os danos causados.

Com efeito, Alvino LIMA chegou a declarar que “estava reservada à teoria clássica da culpa o mais intenso dos ataques doutrinários que talvez se tenha registrado na evolução de um instituto jurídico”.⁷²

Ante as novas necessidades verificadas, a lei passou a impor, em determinadas situações, a reparação do dano independente da verificação da presença de culpa na conduta do agente. Está se a tratar do que a maior parte da doutrina chama de responsabilidade objetiva.

⁶⁹ Ibidem. p. 54.

⁷⁰ Sobre tal momento histórico, Wilson Melo da Silva assim teceu suas considerações: “Com efeito: à doutrina individualista, sucede a corrente socialista do direito. O homem deixa de ser aquela criação abstrata dos jusnaturalistas ou dos filósofos da Revolução Francesa, capaz de viver longe de todos isoladamente segregado do convívio dos demais homens e investido de certas prerrogativas e direitos que lhe pertenciam pelo só fato de ser homem, como escreveria Duguit” (SILVA. W. M. *op. cit.* p. 6).

⁷¹ SILVA, J. R. **Paradigma...** *op. cit.* p. 355.

⁷² LIMA. *op. cit.* p. 43.

Para a doutrina objetivista, a incidência do dever de reparar o dano causado se satisfaz com o nexo de causalidade e o próprio dano. Carlos Roberto GONÇALVES salienta a existência de duas formas em que é possível se verificar a responsabilização objetiva. Em uma delas, a culpa é presumida pela lei, enquanto na outra é prescindível.

“Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida”, explica o autor, para em seguida afirmar que também “há casos em que se prescinde totalmente da prova da culpa. São as hipóteses de responsabilidade independente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano”.⁷³

A concepção de responsabilidade independente de culpa não é inédita, pois, como aduzido anteriormente, era a lei que vigorava antes do advento da *Lex Aquilia*. Contudo, os fundamentos são outros.

O principal foco da responsabilidade civil passa a ser a indenização do dano, que assume o papel central da disciplina, o qual até então era ocupado pela figura da culpa.

Isto se deve às limitações que a responsabilidade pautada *exclusivamente* na culpa passou a representar, pois, como explicou Almino LIMA, “dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara”. Desta forma, buscou-se afastar do “elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto, é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano”.⁷⁴

Há um “conflito entre o desejo de segurança e de estabilidade, de um lado, e, de outro, a instabilidade mesma do direito, sempre cambiante em decorrência de suas periódicas adaptações aos fatos da vida”.⁷⁵

⁷³ GOLÇALVES. *Direito civil... op. cit.* p. 31.

⁷⁴ LIMA. *op. cit.* p.119.

⁷⁵ SILVA, W. M. *op. cit.* p. 1. O autor cita, à mesma obra, os dizeres de POUND, que seguem nesse sentido: “Es necesario, pues, que el orden jurídico sea flexible y, al mismo tiempo, estable. Es preciso someterlo continuamente a revisión y readaptarlo a las alteraciones que experimenta la vida efectiva que há de regir. Los principios que buscamos han de serlo tanto de evolución como de seguridad. En consecuencia, el problema capital que los pensadores del Derecho han debido afrontar consiste en hallar la manera de poder reconciliar la idea de un cuerpo de Derecho fijo que no deje margen al capricho individual, con las ideas de transformación, desarrollo y creación de un nuevo

José Aguiar DIAS também abordou a problemática, afirmando que as preocupações com a harmonia e com o equilíbrio são orientadoras do direito, ao mesmo tempo em que podem ser consideradas a razão de não ter sido possível “até hoje, malgrado o esforço dos melhores juristas, estabelecer uma teoria unitária e permanente (no sentido relativo que o termo tem em direito) da responsabilidade civil.”⁷⁶

A teoria objetivista de responsabilidade civil é pautada, afirmam seus defensores, em um princípio de equidade. É o que afirma, por exemplo, Maria Helena DINIZ, para concluir ser esta uma preocupação se arrasta desde o direito romano: “aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes”.⁷⁷

Os iniciadores da doutrina pautada no risco foram partidários da escola do direito natural no século XVIII, especialmente THOMASIUS e HEINECCIUS.⁷⁸ Segundo José de Aguiar DIAS, assim o fizeram como forma de estabelecer a responsabilidade de pessoas desprovidas de discernimento, incapazes de culpa.

Fato é que os problemas da responsabilidade civil deixaram em grande parte de ser medidos pela culpa, buscando a reparação do dano. Deste modo, o fim almejado seria exterior, ou objetivo (reparação), e não mais interior, ou subjetivo (imposição da pena por culpa).⁷⁹

No Brasil, foi promulgado o Decreto 2.681/1912, regulando a responsabilidade do transportador ferroviário. Colocou o risco criado como fator necessário à incidência de responsabilização, e não a culpa. Manteve-se, entretanto, a expressão “culpa coletiva”.⁸⁰

Cabe fazer uma análise das doutrinas de Raymond SALEILLES e Louis JOSSERAND, precursores da teoria do risco, tal como se conhece.

Derecho; es decir, hay que intentar unificar la teoría del Derecho con la sua creación y el sistema de la justicia, según Derecho, con la realidad de la administración de justicia por los magistrados”. (“The Quest of Justice: Reflections of interpretations of modern legal philosophies, in *Iowa Law Review*, vol. XXXII, nº 1, nov./1947).

⁷⁶ DIAS. *op. cit.* p. 24.

⁷⁷ DINIZ. *op. cit.* p. 48.

⁷⁸ DIAS. *op. cit.* 72.

⁷⁹ LIMA. *op. cit.* p. 120.

⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 847-871.

1.3.1 As doutrinas de SALEILLES e JOSSERAND

O movimento por uma responsabilidade civil objetiva teve grande expressividade na França, com Raymond SALEILLES e Louis JOSSERAND.⁸¹ Tais autores, segundo Wilson Melo da SILVA, “sobre todos, acabaram por se impor como os reais vanguardeiros das idéias novas, não só pela maior combatividade na implantação delas, como, principalmente, pelo brilho com que se houveram nas disputas”.⁸²

Consideravam como demasiadamente estreito o âmbito da culpa como solução para a responsabilidade. Pregavam a reparação do dano decorrente, exclusivamente, do *fato* ou do *risco criado*.⁸³

Ainda que tais doutrinadores tenham defendido, em gênero, a mesma tese, a teoria de Raymond SALEILLES pode ser considerada mais radical, uma vez que prega “sem rodeios, a necessidade de substituir a culpa pela causalidade”.⁸⁴ Este doutrinador encontrou em Louis JOSSERAND o mais ardente defensor de sua teoria.⁸⁵

Raymond SALEILLES defendia, de forma enfática, ser “preciso materializar o Direito Civil, por abaixo o lado psicológico”.⁸⁶ Chegava a classificar a teoria pautada na culpa como “falsa e até humilhante”,⁸⁷ considerando mais condizente com os princípios da equidade e da dignidade da pessoa humana, a livre assunção dos riscos de sua atividade.⁸⁸

De acordo com Alvin LIMA, Raymond SALEILLES defendeu o abandono da culpa, considerando mais equitativo e social que cada um agisse conforme os riscos que assume, pois o resultado seria decorrente de um fato voluntário e livre, de modo

⁸¹ “Foi na França que a tese da responsabilidade objetiva encontrou seu mais propício campo doutrinário de expansão e de consolidação”. SILVA, W. M. *op. cit.* p. 47.

⁸² SILVA, W. M. *op. cit.* p. 47.

⁸³ LIMA. *op. cit.* p. 43.

⁸⁴ DIAS. *op. cit.* p. 72.

⁸⁵ LIMA. *op. cit.* p. 124.

⁸⁶ *Ibidem.* p. 121.

⁸⁷ “Je ne sais rien de faux e parfois d'humiliant comme cette idée de faute mise en avant pour les moindres actes de notre activité et les moindres manifestations de notre liberté” (SALEILLES. *Apud.* LIMA. *op. cit.* p. 122). Em tradução livre: Eu não sei de nada mais falso e por vezes humilhante como essa idéia de culpa colocada em destaque pelos menores atos de nossa atividade e pelas menores manifestações de nossa liberdade.

⁸⁸ DIAS. *op. cit.* p. 73.

que o autor deveria pagar por tais riscos. Termina por afirmar ser este o preço a se pagar pela liberdade.⁸⁹

Posteriormente, Raymond SALEILLES refunde seu sistema, admitindo a presença de um elemento subjetivo na responsabilidade quase-delitual, qual seja, a culpa subjetiva do agente. Deste modo, o próprio Saleilles reconhece como insuficiente a simples causalidade entre o dano e a conduta, como afirmava.

Louis JOSSERAND, por sua vez, embasa sua teoria no risco-proveito. Fundamentando sua teoria, o autor afirma que,

[...] mesmo assumindo que não haja culpa alguma, pode ser justo conceder uma indenização à vítima: quem põe em ação em seu interesse, em seu proveito, forças terríveis, deve assumir as consequências de sua iniciativa.⁹⁰

Defende, o jurista, não ser justo, racional, “tampouco equitativo e humano, que a vítima, que não colhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia”.⁹¹

Por sua vez, Alvino LIMA considera a concepção da teoria do risco-proveito como primitiva, uma vez que considera a responsabilidade extracontratual derivada do risco sem tal extensão. Cita, a título de comparação, Eugène GAUDEMET,

⁸⁹ “Chacun en agissant court des risques et que là où un malheur arrive par suite d'un fait volontaire et libre, l'auteur du fait payera les risques. C'est le prix de la liberté et c'est également la formule, j'ai essayé de la démontrer, de l'article 1.382” (SALEILLES. *Apud*. LIMA. *op. cit.* p. 122). Em tradução livre: “Todos estão em riscos ao agir e quando um infortúnio resulta de fato voluntário e livre, o autor do fato pagará os riscos. É o preço da liberdade e é igualmente a fórmula, eu tentei demonstrar, do artigo 1.382”.

⁹⁰ Tradução livre de: JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**. Tomo II. Vol. I. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América. Bosch y Cia. - Editores, 1950. p. 298. No original: “Aun suponiendo que no se haya cometido culpa alguna, puede ser justo conceder una indemnización a la víctima: quien pone en acción en su interés, en su provecho, fuerzas terribles, debe asumir las consecuencias de su iniciativa”.

⁹¹ LIMA. *op. cit.* p. 124. É exatamente o que se observa da leitura da obra de JOSSERAND, ao declarar: “Pues hay que reconocer, por más que se haya querido negarlo, que si el autor de um dano no es responsable, es la víctima quien viene a serlo; en el sentido amplio y humano de la palabra, y sin recurso posible, ella soportó pasivamente el choque determinado por la iniciativa del otro; solución manifestamente injusta, tanto desde el punto de vista económico como desde el punto de vista jurídico: el poder, el provecho, la dirección exigen la responsabilidad; la incidencia de los golpes del destino no debe ser definitiva e irreparable, pues ello sería la quiebra del derecho, que se limitaría a marcar los golpes; a él le toca modificar, restablecer esa incidencia conforme a toda justicia y a toda equidad” (JOSSERAND. *op. cit.* t. II v. I. p. 298). Em tradução livre: “Deve-se reconhecer, por mais que se tenha querido negar, que se o autor de um dano não é responsabilizado, é a vítima quem vem a sê-lo; no sentido amplo e humano da palavra, e sem recurso possível, ela sofreu passivamente o choque determinado pela iniciativa de outro; solução manifestamente injusta, tanto do ponto de vista econômico como do ponto de vista jurídico: o poder, o lucro, a direção exigem a responsabilidade; a incidência dos golpes do destino não deve ser definitiva e irreparável, pois isso seria a quebra do direito, que se limitaria a marcar os golpes; a ele cabe modificar, restabelecer essa incidência conforme a toda justiça e equidade”.

defensor de que “o risco só deve ser imposto à atividade individual quando seja de caráter anormal, cuja apreciação se fará segundo os usos e costumes”.⁹² Seria necessário, desta feita, a comprovação do caráter *anormal* da atividade.⁹³

É o que afirma, também, José de Aguiar DIAS quando, ao elucidar a teoria de Josserand, afirma que este propõe que ocorra incidência de responsabilidade não somente pelos atos culposos, mas pelos atos, pura e simplesmente, quando, causarem dano injusto e anormal.⁹⁴

Como resultado das reflexões teóricas de Raymond SALEILLES, em parceria com outros juristas, notadamente Josserand, foi promulgada em 1.898, na França, a Lei de Acidentes do Trabalho, que acolhia os princípios da responsabilidade sem culpa.⁹⁵

Observa-se, diante de tais concepções, que a idéia de culpa é subtraída, bastando que ocorra a produção do risco e um resultado lesivo a terceiros.

Estudar-se-á, agora, rapidamente, teorias subsidiárias, que não adotaram nem a teoria objetiva nem a subjetiva, na sua plenitude.

1.3.2 Teorias subsidiárias

Outros autores desenvolveram teorias próprias para abordar a problemática da insuficiência do conceito clássico de culpa.

É o caso de Georges RIPERT, que fundamenta a responsabilidade extracontratual no ato anormal. Sua teoria consiste em atribuir responsabilidade sempre que a atividade do causador do dano for anormal no uso da propriedade. Mais tarde, amplia à responsabilidade em geral, defendendo que, uma vez que o autor tire proveito dos seus atos, deve suportar os riscos, desde que o ato seja contrário às condições normais de seu tempo e de seu meio. A irresponsabilidade, dessa forma, seria decorrente não pelo exercício do direito, mas pelas condições normais de sua época e de seu meio.⁹⁶

⁹² LIMA. *op. cit.* p. 125.

⁹³ A teoria do ato anormal defende a responsabilização “todas as vezes que a atividade do agente é anormal no uso da propriedade”. LIMA. *op. cit.* p. 123.

⁹⁴ DIAS. *op. cit.* p. 81.

⁹⁵ SILVA, W. M. *op. cit.* p. 52.

⁹⁶ DIAS. *op. cit.* p. 83.

Entretanto, o autor acabou por abandonar sua teoria e retornar à teoria da responsabilidade subjetiva. Em crítica a tal teoria, os irmãos Mazeaud dizem que o ato anormal nada mais seria que o próprio ato culposo: o que o homem zeloso não praticaria em condições comparativas.⁹⁷

Pertinente, ainda, é a teoria de Yves GAUDEMET, já mencionado. Tal autor também abordou a questão pelo prisma da atividade anormal. Entretanto, o autor rejeita de pronto a crítica lançada por Henri e Léon MAZEAUD à teoria de Georges RIPERT, de que a atividade anormal seria a própria culpa. Afirma, o autor, que “o ato socialmente anormal dela se distingue [da culpa] em que, se se considera proibido, não é porque contenha ilicitude, como sucede na culpa, situação criada pelo ato ilícito, mas porque assim se revela em face dos usos e costumes”.⁹⁸ Diferencia, porém, sua teoria da responsabilidade subjetiva, afirmando que aquela independe de um elemento subjetivo, enquanto que, para esta, o elemento subjetivo seria indispensável.

Emanuel LEVY, por sua vez, propõe o critério da confiança. A relação que nasce da responsabilidade é, para o autor, uma relação de confiança. Surgiria, portanto, a responsabilidade na medida em que existisse confiança gerada perante terceiro.⁹⁹

Há ainda, de grande relevância, a teoria de TEISSEIRE, que parte da doutrina de Raymond SALEILLES, para defender que o dano seria um fenômeno derivado da colisão de atividades de uma e outra parte, e não um fato isolado. Disso, decorreria que a responsabilidade deve ser repartida entre as partes, na medida em que tenham contribuído para o dano.¹⁰⁰

A eclosão do risco não implica na reestruturação da teoria da responsabilidade civil e tampouco justifica a centralidade da teoria objetiva como escrevem alguns doutrinadores.

Por conta disto, retoma-se a análise da culpa como elemento da responsabilidade civil e fator que permite, como se demonstrará mais adiante, a teoria da transubjetividade da responsabilidade civil.

⁹⁷ DIAS. *op. cit.* p. 83.

⁹⁸ *Ibidem.* p. 84.

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ *Ibidem.* p. 85.

2. O ELEMENTO CULPA

Feita a exposição dos principais delineamentos da culpa, dentro da matéria de responsabilidade civil, inclusive com a apresentação das principais teorias que defendem sua exclusão, como elemento de responsabilização, passa-se à segunda etapa do trabalho.

Como dantes mencionado, os elementos tradicionalmente considerados como integrantes da responsabilidade civil são quatro: a conduta, a culpa, o nexo de causalidade e o dano causado à vítima. Uma vez que o presente estudo lança seu foco no elemento culpa, algumas considerações devem ser feitas a respeito de sua conceituação, bem como de seus elementos caracterizadores.

2.1. CONCEITO DE CULPA

É de difícil conceituação o elemento culpa. Os irmãos Henri e León MAZEAUD, autores franceses clássicos de responsabilidade civil, já advertiam ser este um dos pontos mais delicados, ao se estudar responsabilidade civil.¹⁰¹

Parece ser um consenso na doutrina a dificuldade de tal conceituação. Nesse sentido, manifestação assaz pertinente é a de Orlando GUIMARO JUNIOR, que expõe:

[...] de todos estes itens, que se unem justificando sua materialização no universo jurídico, nenhum desperta maior interesse e dificuldade de análise que a idéia de culpa. Basilar na primitiva e clássica noção de responsabilização, insculpida tanto na *Lex Aquilia* como no artigo 159 do Código Civil brasileiro, sua existência é condição *sine qua non* para que o resultado *dano*, por intermédio de uma *conduta* com o mínimo de *causalidade*, efetive-se. Se a *conduta* é o primordial elemento que configura a responsabilidade, a *culpa* então é o que pode ser designado, ao lado do *nexo de causalidade*, de pressuposto *obrigatório*, ou *mínimo*, do ato ensejador de indenização. Não adentrando ainda no terreno delicado da moderna concepção de *responsabilidade objetiva*, que busca independência em relação à figura da culpa para sustentar-se, não subsiste a tradicional noção de responsabilização sem este pressuposto. Inexistente esta, não se configura o dever de reparar o prejuízo causado. (...) Nosso ordenamento legal, com exceções que brotam de dificultoso e moroso processo de criação jurisprudencial, ou timidamente abordadas pela legislação, encontra-se sedimentado na idéia *subjetiva* de responsabilidade, de onde advém a noção de

¹⁰¹ "Préciser la notion de faute est sans doute l'un des points les plus délicats soulevés par le problème de la responsabilité civile". Em tradução livre: "Precisar a noção de culpa é sem dúvida um dos pontos mais delicados suscitados pelo problema da responsabilidade civil". (MAZEAUD. *op. cit.* t. I. p. 449).

culpa, ou, como preferem alguns, *culpa simples*, como um de seus mais importantes elementos. Pode esta ser conceituada numa fórmula universal? A resposta é dúbia, caracterizando-se talvez como um dos pontos mais controversos de toda a ciência do Direito.¹⁰²

Remetendo-se à obra de Philippe MALAURIE, Caio Mário da Silva PEREIRA remonta à origem etimológica da palavra, que, antes de tudo, invocaria um conceito moral, “colhida pela evidência, imediatamente ressentida por todos, salvo nos casos limites ou pelas consciências tortuosas.”¹⁰³ Ou seja, deixa em evidência, além do caráter moral, uma consciência coletiva (“ressentida por todos”).

A colocação feita torna pertinente uma retomada do comentário feito sobre a influência religiosa cristã, na concepção subjetiva de responsabilidade civil, apresentada no primeiro capítulo do presente trabalho. Como anteriormente mencionado, a noção religiosa de culpa traz a idéia de *culpa* coletiva, que, como se pode concluir, tem relação direta com a *consciência* coletiva, mencionada por Caio Mario da Silva PEREIRA.¹⁰⁴

Ainda sobre a influência religiosa, José de Aguiar DIAS chega a afirmar que “numa concepção prática, a culpa representa, em relação ao domínio em que é considerada, situação contrária ao *estado de graça*, que, na linguagem teológica, se atribui à alma isenta de pecado”.¹⁰⁵

Interessante também é a noção que a uma das principais escolas da psicologia nos traz, a escola freudiana, ao conceituar culpa, ou o sentimento de culpa, como um “sentimento consciente ou inconsciente de indignidade que seria, segundo S. Freud, a forma sob a qual o eu percebe a crítica do supereu”.¹⁰⁶

¹⁰² GUIMARO JUNIOR, Orlando. **Elementos Formadores da Responsabilidade Civil**. Disponível em: http://www.ufac.br/ensino/cursos/curso_direito/docs/ufac_artigo_e12.doc. Acesso em: 27.09.2010.

¹⁰³ PEREIRA. *op. cit.* p. 64.

¹⁰⁴ Assaz interessante é o comentário elaborado por Carlos Roberto GONÇALVES, a respeito da responsabilidade moral e religiosa, em relação à responsabilidade civil. Afirma o autor que “o campo da moral é mais amplo do que o do direito, pois só se cogita da responsabilidade jurídica quando há prejuízo. Esta só se revela quando ocorre infração da norma jurídica que acarrete dano ao indivíduo ou à coletividade. Neste caso, o autor da lesão será obrigado a recompor o direito atingido, reparando em espécie ou em pecúnia o mal causado. A responsabilidade moral e a religiosa, contudo, atuam no campo da consciência individual. O homem sente-se moralmente responsável perante sua consciência ou perante Deus conforme seja ou não religioso, mas não há nenhuma preocupação com a existência de prejuízo a terceiro. Como a responsabilidade moral é confinada à consciência ou ao pecado, e não se exterioriza socialmente, não tem repercussão na ordem jurídica. Pressupõe, porém, o livre-arbítrio e a consciência da obrigação”. GONÇALVES. **Direito...** *op. cit.* p. 2.

¹⁰⁵ DIAS. *op. cit.* p. 134.

¹⁰⁶ CHEMAMA, Roland. **Dicionário de Psicanálise**. Tradução: Francisco Franke Settineri. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995. p. 37.

Sigmund FREUD definiu o sentimento de culpa como a revolta do “eu” contra a crítica que lhe é lançada pelo “eu ideal”. Afirmar, ainda, que este sentimento pode ser consciente ou não.

Alguns juristas lançaram mão de um juízo comparativo para buscar fixar um conceito de culpa. Fazem uma comparação entre a conduta adotada pelo causador do dano e a conduta considerada ideal, esperada em condições normais de ação.

É o caso, por exemplo, de Alvino LIMA, que nos oferece algo aproximado de uma definição de culpa, ao afirmar que “culpa é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato”.¹⁰⁷

O autor afirma, ainda, que a culpa é pautada em um “fundamento psicológico e exige a imputabilidade moral do agente”.¹⁰⁸ Afirmar ter fixado tal noção fazendo uma composição entre o conceito de CHIRONI e ABELLO e o dos irmãos Henri e Léon MAZEAUD.¹⁰⁹ Destaca-se, portanto, na definição apresentada, igualmente, o juízo comparativo, entre a conduta praticada e a conduta esperada em situação similar, por pessoa avisada.

Anderson SCHREIBER também destaca a conotação moral da culpa invocada pelos juízes da modernidade. O autor traça um panorama completo da culpa, de modo que se pede licença para transcrever algumas de suas palavras.

Diz ele:

Embora a noção de culpa tivesse se desenvolvido no direito romano republicano com caráter eminentemente objetivo – sendo, ainda hoje, não raro confundida com a *iniuria* em seu sentido mais amplo, de ato contrário ao direito –, a influência de noções gregas e orientais, essencialmente individualistas, em oposição à ideologia estatalizante de Roma, deu-lhe conotação mais subjetiva, que, com a posterior difusão da ideologia cristã, ganhou fortes contornos éticos e morais, ligados à idéia do livre-arbítrio e de sua má utilização pelos fiéis. Durante toda a Idade Média, a influência do direito canônico reforçara este tom de infração moral atribuído à culpa, que chega ao início da Modernidade intensamente influenciada pela idéia de pecado, como consciente violação de um dever de ordem superior. De fato, ao definir a noção jurídica de culpa, muitos autores se valiam – e ainda hoje

¹⁰⁷ LIMA. *ob. cit.* p. 76.

¹⁰⁸ *Ibidem.* p. 117.

¹⁰⁹ Para os autores CHIRONI e ABELLO, “a culpa é um desvio de uma dada regra de conduta imputável à pessoa que era obrigado a obedecer-lhe”. Segundo Alvino LIMA, o que falta na definição citada é o elemento apreciador da conduta, que foi utilizado pelos irmãos MAZEAUD, tal como trazido pelos defensores da teoria de responsabilidade baseada na imputabilidade moral. Conjugando, portanto, as duas concepções, é que Alvino LIMA chega, como resultado, na sua própria conceituação, transcrita acima. *Ibidem.* p. 76.

se valem – de elementos psicológicos ou anímicos, típicos de uma avaliação moral e subjetiva da conduta individual”.¹¹⁰

Ainda que as conceituações doutrinárias do elemento *culpa*, formuladas pelos mais diversos autores, ao longo do desenvolvimento do estudo da responsabilidade civil, sejam fundamentais para o estudo sobre o tema, entende-se que, seguindo a linha desenvolvida por Alvino LIMA,¹¹¹ mais importante é apontar os critérios orientadores da noção de culpa, bem como indicar os seus elementos fundamentais.¹¹²

Para tanto, analisar-se-á, em seguida, as distinções entre culpa e dolo, culpa *in abstracto* e culpa *in concreto*, culpa subjetiva e objetiva. Por fim, far-se-á uma breve investigação da relação existente entre culpa contratual e extracontratual.

2.1.1. Culpa e dolo

Vem do direito romano a distinção entre dolo e culpa, pautada nas figuras de delito e quase-delito. O delito tem na vontade seu elemento integrador fundamental: a pessoa intencionalmente viola a norma de conduta. Já no quase-delito não há o ânimo de se causar o resultado danoso; a pessoa age sem malícia, mas com negligência em relação ao direito alheio, causando o evento danoso. Essa concepção foi posteriormente adotada por muitas legislações.¹¹³

A negligência pode ser entendida em sentido lato, pois pode ocorrer de três formas, quais sejam: negligência, imprudência e imperícia.¹¹⁴ Esse trinômio revela,

¹¹⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009. p. 13-14.

¹¹¹ Alvino LIMA menciona René CHAPUS, afirmando que o autor “declara que, em face dos resultados obtidos pelos autores que têm estudado a matéria, resultados estes os mais desalentadores, as mais diversas definições, a negativa ou a dúvida sobre a possibilidade de se definir juridicamente a culpa, demonstram a existência de uma confusão a respeito”. (LIMA. *ob. cit.* p. 49).

¹¹² Fez-se tal opção, pois, como lembrou Caio Mário da Silva PEREIRA, “como categoria jurídica, a *culpa* tem sido definida em termos que ora se aproximam ora se contradizem mutuamente. Sem a possibilidade de arrolar todas as definições, destacam-se aquelas que representam rumos determinados, ou se erigem em paradigmas”. (PEREIRA. *ob. cit.* p. 66).

¹¹³ DIAS. *ob. cit.* p. 135.

¹¹⁴ “A conduta imprudente consiste em agir o sujeito sem as cautelas necessárias, com açodamento e arrojo, e implica sempre pequena consideração pelos interesses alheios. A negligência é a falta de atenção, a ausência de reflexão necessária, uma espécie de preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ser previsto. A imperícia consiste sobretudo na inaptidão técnica, na ausência de conhecimentos para a prática de um ato, ou omissão de

de acordo com Anderson SCHREIBER, o caráter moral e psicológico do conceito, mencionado anteriormente.¹¹⁵

Pertinente também é a distinção que Cesare SALVI nos traz, quanto aos conceitos de dolo e culpa, baseado no critério de imputação:

Enquanto na responsabilidade por dolo a imputação se baseia no estabelecimento da vontade causadora do evento, a responsabilidade por culpa exige um juízo mais complexo: trata-se de identificar a qual, dentre os eventos causados, mas não desejados pelo agente, o réu vai ser imputado.¹¹⁶

Claras são, como se pode observar, as diferenças entre os conceitos de dolo e culpa. Enquanto aquele traz o elemento voluntário como essencial à sua composição, nesta, tem-se um leque maior de elementos componentes, como bem apontado por Cesare SALVI. Isto porque, conforme mencionado, a culpa pode ocorrer por diversas espécies de negligência.

Passa-se à análise de outro critério orientador da noção de culpa, recorrentemente mencionado na doutrina: a culpa *in abstracto* e a culpa *in concreto*.

2.1.2. Culpa *in abstracto* e culpa *in concreto*

É possível que o descumprimento de uma obrigação tenha sua origem em uma conduta em desacordo com a lei, contrária a uma imposição legal. Esta concepção parece até mesmo intuitiva, pois, como se sabe, deve-se cumprir o que a lei determina.

Entretanto, é possível também que se considere a obrigação descumprida como uma obrigação "genérica de prudência e diligência na prática de todos os atos,"¹¹⁷ ou seja, descumprimento de um dever geral, não definido em qualquer

providencia que se fazia necessária; é, em suma, a culpa profissional". GONÇALVES. **Responsabilidade...** *ob. cit.* p. 11.

¹¹⁵ SCHREIBER. *ob. cit.* p. 15.

¹¹⁶ SALVI, Cesare. **Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. La responsabilità Civile.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A, 1998. p. 109-110. Tradução livre do original: "Mentre nella responsabilità per dolo l'imputazione si fonda sull'accertamento della volontà causativa dell'evento, la responsabilità per colpa richiede un giudizio più complesso: si tratta di individuare quali, fra gli eventi causati ma non voluti dall'agente, gli vadano imputati".

¹¹⁷ LIMA. *op. cit.* p. 63.

diploma legislativo e deixado a cargo da magistrado, para que este analise e julgue o problema, com os argumentos que melhor lhe aprouverem.

Verificam-se, diante dessas colocações, duas possibilidades de análise da conduta do agente, denominadas pela doutrina de culpa *in concreto* e culpa *in abstracto*.

A análise da culpa *in concreto* toma por base, como explica Alvino LIMA, a consciência do autor, analisando sua intenção ao praticar determinada conduta.

Por sua vez, a culpa *in abstracto* partiria de uma análise geral, observando o comportamento que se esperaria da conduta geral dos indivíduos, sob as mesmas circunstâncias do autor do dano.¹¹⁸

Colocar em lei todos os casos passíveis de serem atentados pelo homem seria tarefa demasiadamente extensa, se não impossível. Defende Alvino LIMA ser “impossível fixar os princípios ou regras desta conduta, ou determiná-los para cada indivíduo particularmente, pois um tal sistema subjetivo de responsabilidade, além de insustentável e deficiente, traria dificuldades práticas insuperáveis.”¹¹⁹

Reside aí, em grande parte, a crise da responsabilidade civil, sobre a qual se dissertará adiante, mas que, à guisa de compreensão, deixa a cargo do juiz grande parte da construção de sua teoria, uma vez que não encontra nem na doutrina, nem na lei, todas as respostas que precisa.

Outra causa da crise é o modelo ou técnica jurídica utilizada para definir as hipóteses de condutas que implicam na responsabilidade civil. Ganha relevo e amplia-se o uso de cláusulas gerais em detrimento de lei específicas que contenha todos os elementos e hipóteses de responsabilidade civil. Maiores considerações serão tecidas no terceiro capítulo.

Alvino LIMA afirma que a maior parte da doutrina opta pela concepção da culpa *in abstracto*, comparando a conduta da pessoa com a do homem diligente de forma geral, sem observância às características pessoais do indivíduo.

Entretanto, alguns autores, entre eles René DEMOGUE e Joseph RUTSAERT, citados por Alvino LIMA, defendem a apreciação da culpa *in concreto*, alegando ser mais “apta a incitar os indivíduos a se mostrarem mais prudentes”.

¹¹⁸ LIMA. *op.cit.* p. 63.

¹¹⁹ *Idem.*

Apontam, ainda, que a culpa *in abstracto* permitiria ao juiz um juízo vazio de apreciação do caso.¹²⁰

Os conceitos apresentados têm importância categórica, sendo úteis nos estudos da culpa subjetiva e objetiva, e também da culpa contratual e extracontratual, que serão feitos adiante.

2.1.3 Culpa subjetiva e culpa objetiva

O conceito tradicional de culpa, como amplamente mencionado, traz em seu bojo um aspecto moral e subjetivo. O agente poderia prever e evitar o dano, se assim o quisesse. Por essa linha de raciocínio segue, por exemplo, o clássico autor René SAVATIER que fixa a sua noção de culpa nos seguintes termos:

A culpa (**faute**) é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada fora da matéria contratual, de quase-delito.¹²¹

É semelhante a idéia trazida por Fernando NORONHA, ao defender que “só deveria haver obrigação de reparar danos verificados na pessoa ou em bens alheios quando o agente causador tivesse procedido de forma censurável, isto é, quando fosse exigível dele um comportamento diverso.”¹²²

Ao trazer seu conceito de culpa, anteriormente transcrito, René SAVATIER apontou a existência de dois elementos. Um elemento objetivo, o qual, defende o autor, ser o dever violado, e um elemento subjetivo, o qual seria a imputabilidade de tal dever ao agente.¹²³

Destaca-se, nesta concepção a noção de dever. Isto porque os defensores da noção clássica de culpa apontam para a existência de um *dever* de conduta, dever este que seria padrão, almejado em condições normais, por agente conhecedor do comportamento esperado. Assim, utilizam-se um juízo comparatório

¹²⁰ LIMA. *op.cit.* p. 63.

¹²¹ SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. T. 1, n° 2, p.1. *Apud*. DIAS. *ob. cit.* p. 137.

¹²² NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 434.

¹²³ DIAS. *ob. cit.* p. 139.

entre a conduta realizada e a conduta que se espera de um homem avisado em iguais condições.

Também lançando mão de uma comparação, o jurista Carlos Roberto GONÇALVES aborda o problema afirmando que “não se pode prescindir, para a correta conceituação de culpa, dos elementos “previsibilidade” e comportamento do *homo medius*. Só se pode, com efeito, cogitar de culpa quando o evento é previsível. Se, ao contrário, é imprevisível, não há cogitar de culpa.”¹²⁴

O jurista italiano Cesare SALVI, de igual modo, faz descrição parecida ao afirmar que:

[...] Em essência, é culpado quem adota um comportamento contrastante com as regras de prudência, diligência e perícia que um determinado contexto social considera adequado a evitar danos; noção que a experiência jurídica expressa com os parâmetros do bom pai de família (artigo 1176), do homem razoável de prudência comum.¹²⁵

Alguns autores, contudo, definem o elemento culpa adotando um critério objetivo. É o caso dos irmãos Henri e León MAZEAUD, que comparam o comportamento do agente com um tipo abstrato¹²⁶.

O professor italiano Mauro BUSSANI, em sua obra sobre a culpa, também menciona o parâmetro do “homem médio”.¹²⁷ No entanto, defende que a tese que fundamenta a culpa em um descumprimento do dever geral de conduta não é suficiente para resolução de todos os casos - não se verificando, inclusive, na prática dos tribunais italianos.

Menciona, a título de fundamentação, o Código Civil italiano, que trouxe o parâmetro geral da lei aquilia em seu art. 1176, segunda linha,¹²⁸ ditando que, ao se cumprir a obrigação relativa a atividade profissional, deve-se considerar a diligência específica dessa atividade.

¹²⁴ GONÇALVES. **Responsabilidade...** *ob. cit.* p. 10.

¹²⁵ Tradução livre de: SALVI. *ob. cit.* p. 110. No original: “In sostanza, è in colpa chi adotta un comportamento contrastante con le regole di diligenza, prudenza e perizia che un determinato contesto sociale si considerano idonee a prevenire i danni; nozione che l'esperienza giuridica esprime con i parametri del buon padre di famiglia (art. 1176), dell'uomo ragionevole di ordinaria prudenza”.

¹²⁶ MAZEAUD. *op. cit.* t. I. p. 431.

¹²⁷ Diz o autor: “o comportamento de cada um deve referir-se ao nível daquela ficção de indivíduo que, hoje como no passado, se supõe dotado de consciência comum, musculatura mediana, reações ordinárias, habilidades e costumes padronizados, inteligência e memória perfeitamente normais”. (BUSSANI, Mauri. **As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado**. Tradução de Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000).

¹²⁸ **Código Civil Italiano**. Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36450>. Acesso em: 21/10/2010.

Diz o artigo:

Art. 1176. Diligência no cumprimento. Ao cumprir a obrigação, o devedor deve empregar a diligência do bom pai de família. No cumprimento das obrigações relativas ao exercício de uma atividade profissional, a diligência deve ser avaliada com respeito à natureza da atividade exercida.¹²⁹

O padrão de “bom pai de família”, previsto pela Lei Aquilia, experimenta, com isso, uma primeira modificação - ou temperamento, como qualifica o autor.¹³⁰ Ao longo de uma exposição de jurisprudências, evidencia que o modelo de comportamento médio não é imutável. Pelo contrário, o professor italiano comprovou que ele se adapta aos casos concretos: tanto nas situações em que o agente possui limitações, caso da criança e do doente mental, quanto nas situações em que o agente possui potencialidades individuais, superiores ao modelo comum.¹³¹

Conclui, Mauro BUSSANI, não haver um modelo de conduta imutável, pois “não são poucas as situações em que a referência ao homem médio é posta de lado pelos julgadores, na apreciação do juízo de responsabilidade¹³²”, diz o autor.

Adentrar-se-á, agora, a uma das grandes discussões doutrinárias da responsabilidade civil contemporânea: a separação ou unificação desta em contratual ou extracontratual. Grandes argumentos fundamentam ambas as posições, como se verá adiante.

2.2. CULPA CONTRATUAL E CULPA EXTRA CONTRATUAL

Mencionou-se, meramente de passagem, ao se tratar da Lex Aquilia e do instituto da responsabilidade civil no direito romano, sobre a responsabilidade extracontratual, a qual seria fundada na culpa. Sobre o tema, serão feitas maiores considerações agora, analisando o papel da culpa, como fundamento separador das categorias responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual.

¹²⁹ Em tradução livre do original: “Art. 1176. Diligenza nell'adempimento. Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”. **Código Civil Italiano.** Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36450>. Acesso em: 21/10/2010.

¹³⁰ BUSSANI. *op. cit.* p. 10.

¹³¹ *Ibidem.* p. 13-25.

¹³² *Ibidem.* p. 21.

Nas aulas de Direito das Obrigações, ministradas pelo professor Rodrigo Xavier LEONARDO, na Universidade Federal do Paraná, aprendeu-se a vislumbrar a relação obrigacional como um processo, polarizada para o adimplemento.

É esta a teoria defendida por Clóvis do Couto e SILVA, ao proclamar: “O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”.¹³³

Explica o professor Rodrigo Xavier LEONARDO que, surge da indagação sobre quais seriam as conseqüências da frustração de tal processo, a diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual, a partir das suas fontes. Parece lógico concluir que a responsabilidade contratual se origina no descumprimento de um contrato. Entretanto, o fundamento não é tão simplório.

Diz o professor:

A responsabilidade contratual teria por fonte o descumprimento de um dever nascido de um vínculo pré-existente entre as partes. A responsabilidade extracontratual, por sua vez, teria por fundamento a imputação do dever de indenizar independente da existência de um prévio vínculo entre o agressor e o lesado, justificando-se, exclusivamente, pela ocorrência de um dano imputável ao agressor.¹³⁴

O sistema americano, como lembrado pelo professor Paulo Robert Ribeiro NALIN, adotou a postura tradicional de divisão entre as duas responsabilidades, entendendo, porém, que a violação de uma obrigação genérica acarretaria responsabilidade extracontratual, enquanto a violação de uma obrigação específica acarretaria responsabilidade contratual.

Também no direito civil italiano se verifica a divisão, com a responsabilidade contratual no artigo 1.218 e a extracontratual no artigo 2.043.¹³⁵

Entretanto, tais categorias vêm sendo, já há certo tempo, questionadas por parte da doutrina civilista, que busca sua unificação.

O tema se torna pertinente ao trabalho aqui desenvolvido, por se entender que, justamente devido ao elemento culpa, dentre outros fatores, seria inviável tal unificação.

¹³³ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1.976. p. 5.

¹³⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Responsabilidade civil contratual e extracontratual**: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. Revista de Direito Privado. v. 19, jul./set./2004. Ano 5. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade: Coordenadores.

¹³⁵ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 65-68.

A idéia basilar, dos defensores de uma unificação, pauta-se no pressuposto de que o objetivo maior da responsabilidade civil seria indenizar o dano, não importando se este decorre de um contrato ou não.

Fundamenta-se a teoria afirmando que critério para incidência do fato jurídico indenizativo seria sempre um ilícito. Nesse sentido, o autor Paulo Roberto Ribeiro NALIN afirma que “tanto na responsabilidade delitual como na contratual o dever de indenizar sempre se configuraria por força de um ato ilícito, uma vez que o descumprimento do contrato é um ato ilícito (relativo), tanto quanto o delito”.¹³⁶

Paulo Luiz Netto LÔBO chega a mencionar um embate entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, num primeiro momento, com esta legada a uma categoria residual, frente ao crescimento do contrato no século XIX, para, em seguida, afirmar que, atualmente, a responsabilidade extracontratual (ou teoria do ilícito, como chama) cresce mais em relação à contratual, “em muitos pontos absorvendo-a”.¹³⁷

A teoria, contudo, não é adotada por autores como Rodrigo Xavier LEONARDO e Cesare SALVI. Argumentam, os autores, que a diferenciação teria importância mais profunda que uma tradição jurídica, refletindo a liberdade dos indivíduos, enquanto pilar do Estado liberal.¹³⁸

Primeiramente, cumpre observar que o Código Civil faz distinção entre as duas, ao contrário do que afirma parte da doutrina. Como advertiu Rodrigo Xavier LEONARDO, “as críticas sobre essa opção devem ser cuidadosas.”¹³⁹ Como apontado pelo professor, a responsabilidade contratual é abordada, no Código Civil de 2002, nos artigos 389 a 405, enquanto a responsabilidade extracontratual se encontra fundamentada nos artigos 186 a 188, bem como nos artigos 927 a 954 – salientando que outros artigos, não incluídos nos citados, também cuidam da questão.

Quanto ao elemento ensejador da responsabilização, Paulo Luiz Netto LÔBO afirma que “com a perda de substância dos elementos distintivos da responsabilidade por ilícito absoluto, especialmente a culpa e o dano, restaram os

¹³⁶ NALIN, Paulo. **Apontamentos críticos sobre o dano moral contratual**: enfoque a partir da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 903-929.

¹³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. 1ª edição. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 14-15.

¹³⁸ LEONARDO. **Responsabilidade...** *op. cit.* p. 262-265. E SALVI. *op. cit.* p. 9-10.

¹³⁹ LEONARDO. **Responsabilidade...** *op. cit.* p. 261-262.

critérios objetivos de imputabilidade e de contrariedade a direito”.¹⁴⁰ Defende que, com isso, o que ocorre seria em verdade uma aproximação das fontes tradicionais das obrigações, e não um afastamento.

Como bem destacado por Rodrigo Xavier LEONARDO, “o dever de indenizar é proveniente de uma *imputação*, que pode ter por fundamento a culpa, o risco, a repartição dos custos das *externalidades* provenientes do desenvolvimento de uma atividade econômica, ou, ainda, uma outra escolha política”.¹⁴¹

Nesse mesmo sentido, pertinente é a lição de Ronnie DUARTE, ao afirmar que “a obrigação pode surgir em virtude da violação de um direito absoluto (art. 927 do CC) ou relativo (art. 395 do CC), bastando para tanto a presença dos pressupostos legalmente estabelecidos para a imputação do dano, independentemente do critério utilizado (culpa, risco ou sacrifício)”.¹⁴²

Os defensores da unificação tinham no elemento culpa o elo entre uma aproximação das responsabilidades contratual e extracontratual, buscando construir um conceito uno de culpa.

Entretanto, uma vez que a culpa não é mais o único critério de imputação, não pode centralizar as categorias de responsabilidade.¹⁴³

Ainda, segundo Ronnie DUARTE, “não se pode prescindir de uma regra de direito positivo para a imputação de um dano a determinado sujeito, que não o próprio lesado”,¹⁴⁴ ou seja, o risco, ou a obrigação de responsabilidade, é distribuído conforme a lei.

Por fim, pertinente é o que afirma Luiz Edson FACHIN, ao discorrer a respeito da análise econômica do direito (sobre a qual se dissertará no capítulo seguinte), apontando, como resultado desta, uma indiferença nos pressupostos “culpa” e “risco”, pois o cálculo obedeceria a um rigor matemático, considerando magnitude/tempo/lugar, tão somente.

¹⁴⁰ LÔBO. *Responsabilidade...* ob. cit. p. 15.

¹⁴¹ LEONARDO. *Responsabilidade...* op. cit. p. 261-262.

¹⁴² DUARTE, Ronnie. Responsabilidade Civil e o Novo Código: contributo para uma revisão conceitual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. Vol. 850, ano 95, p. 57-88. Ago/2006.

¹⁴³ Dá-se destaque a esse fator (culpa como único critério de imputação), por estar diretamente ligado ao presente trabalho. Mas, para além dele, apresentam-se outros. Cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro*. Revista de Direito Privado. v. 19, jul./set./2004. Ano 5. p. 260-269.

¹⁴⁴ DUARTE. op. cit. p. 60.

Assim, nas palavras do professor, “há, por conseguinte, como brevemente sugerido nesse sucinto percurso, uma transformação da responsabilidade civil, contratual e extracontratual, apontando para direções várias e díspares”.¹⁴⁵

Mais uma questão importante, no sentido de justificar a manutenção da separação entre contratual e extracontratual, reside no que tange ao ônus da prova.

Judith MARTINS-COSTA ensina a diferença existente entre descumprimento e inadimplemento.¹⁴⁶ Enquanto este é o descumprimento de uma obrigação específica, como a modalidade da prestação (em pecúnia, cheque, por exemplo); aquele, por sua vez, abarca um sentido mais amplo.

Nas relações de obrigação contratual, bastaria a comprovação do inadimplemento para gerar a responsabilização civil.

2.2.1. Ilícito absoluto e ilícito relativo

Será feita, adiante, uma abordagem da Teoria do Fato Jurídico, pela doutrina de PONTES DE MIRANDA. Entretanto, cabe adiantar duas categorias de fato jurídico *lato sensu*, pertinentes ao tema em discussão (responsabilidade contratual e extracontratual).

De acordo com a lição de Marcos Bernardes de MELLO, fato ilícito é todo fato, conduta ou evento, contrário ao direito, e que seja imputável a alguém com capacidade delitual (capacidade de praticar ato ilícito).¹⁴⁷

O autor parte da categoria estabelecida por PONTES DE MIRANDA, que ensina: “Nos fatos ilícitos, quer absolutos quer relativos, estão os atos ilícitos, como os atos-fatos ilícitos e os fatos ilícitos *stricto sensu*. E há responsabilidade sem ilicitude do ato”.¹⁴⁸

Dentro do tema aqui abordado – responsabilidade contratual e extracontratual – torna-se pertinente explicar a primeira categoria diferenciatória dentre as mencionadas: ilícito absoluto e ilícito relativo.

¹⁴⁵ FACHIN. *op. cit.*

¹⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁴⁷ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 234.

¹⁴⁸ PONTES DE MIRANDA. *op. cit.* t. LIII. p. 76.

Voltando a Marcos Bernardes de MELLO, o autor explica que a diferença entre o ilícito absoluto e o ilícito relativo reside na natureza do dever descumprido.

O ilícito absoluto ocorreria em duas situações:

a) quando entre o agente autor do ilícito ou pessoa vinculada ao ato ilícito e a vítima não existe relação jurídica;

b) quando entre os personagens citados existe uma relação de direito absoluto (direitos reais e direitos da personalidade, por exemplo).

De outra banda, se a relação entre o ofendido e o autor do ato ilícito é de direito relativo (resultante de negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*), estar-se-á diante de um ilícito relativo.¹⁴⁹

O autor destaca que, na doutrina em geral, o ilícito relativo é relacionado à culpa contratual, como se só pudesse ser originado de contrato. Entretanto, defende que o ilícito relativo pode surgir de relações jurídicas não contratuais – dentre elas, cita as relações de parentesco, a título de exemplo.

Segundo Marcos Bernardes de MELLO o equívoco seria justamente relacionar a ilicitude à espécie de fato – ou, no caso, à culpa contratual ou extracontratual. A ilicitude, vale enfatizar, estaria relacionada à *natureza* do dever violado, que pode ser absoluto ou relativo.

Dessa forma, a separação das categorias culpa contratual e culpa extracontratual seria produto, em última análise, da própria natureza do dever violado.

2.3. A CULPA NO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO CIVIL: O CÓDIGO CIVIL DE 2002

É recorrente na doutrina a afirmação de que o Código Civil de 2.002 trouxe uma objetivação da responsabilidade civil. Observa-se, contudo, em seus dispositivos, a colocação da responsabilidade subjetiva ainda como critério principal para a responsabilização dos danos. Nesse sentido, observe-se:

¹⁴⁹ PONTES DE MIRANDA. *op. cit.* t. LIII. p. 238.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

E ainda:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.¹⁵⁰

Há quem diga que o parágrafo único do último artigo citado represente “verdadeira cláusula geral de responsabilidade civil objetiva”,¹⁵¹ mas, na realidade, o que se vê é a responsabilidade objetiva como exceção: apenas se admite a responsabilidade independente de culpa quando a lei especificar, ou quando a atividade for de risco, nos termos do próprio parágrafo único, do artigo 927.

É o que conclui, também, Rui Bedford DIAS, atualizador da obra de José de Aguiar DIAS ao afirmar que “o atual artigo 927 do Código Civil de 2.002 consagra a culpa como fundamento principal da responsabilidade civil, *recte*, obrigação de indenizar”.¹⁵²

Em seguida, comenta a abertura à hipótese do risco, no parágrafo único do citado artigo, fazendo a ressalva de que este deveria ter sido utilizado mais amplamente. De fato, o autor citado foi enfático ao mostrar seu descontentamento com o novo Código, no que tange à responsabilidade civil, expressando-se nos seguintes termos:

O texto se me afigura realmente decepcionante. Se o que se pretendia era tratar separadamente do ato ilícito e da reparação do dano, ao contrário do art. 159, que tratava da obrigação de reparar baseada na culpa, houve um visível excesso na definição daquele, em cujos elementos integrantes não figura dano, requisito, sim, da obrigação de reparar. O ilícito pode não causar dano.¹⁵³

¹⁵⁰ BRASIL. Congresso Nacional. **Código Civil Brasileiro**, Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15/08/2010.

¹⁵¹ CHINELLATO, Silmara Juny. **Da responsabilidade civil no Código de 2002 – aspectos fundamentais. Tendências do direito contemporâneo**. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 939-968.

¹⁵² DIAS. *ob. cit.* p. 40.

¹⁵³ *Ibidem*. p. 38.

A decepção do autor, pode se constatar, parte da observação de que o artigo 186 do novo Código Civil repetiu os termos do artigo 159 do Código Civil de 1.916, consagração da responsabilidade civil subjetiva, pautada na culpa e alvo da maior parte das críticas lançadas ao Código Civil revogado, afirmando se tratar de um código individualista. Os diferenciais foram acolhimento expresso da possibilidade de indenização por danos morais e a ampliação do conceito de ilícito – nada que consagrasse a teoria do risco como único fundamento do diploma normativo.

O jurista transcreve frase de Caio Mário da Silva PEREIRA, trazida em carta, segundo o autor, dizendo que “era desnecessário fazê-lo [a repetição do artigo], bastando que aludisse simplesmente à culpa, cuja definição a doutrina já se encarregou de assentar”.¹⁵⁴

O novo Código Civil, busca romper com o sistema exacerbadamente individualista de seu antecessor, trazendo situações pontuais em que se retira o foco do indivíduo, lançando-o ao coletivo. Nas palavras de Milton Paulo de CARVALHO FILHO, “a renovação do Código Civil serve, portanto, para que se possam conciliar os interesses do indivíduo com os da sociedade, preservando a pessoa humana sem privilégios e exclusivismos”.¹⁵⁵

Ainda que se reconheça a tendência a uma “coletivização ou securitização”¹⁵⁶ da responsabilidade civil, fato é que o novo Código Civil ainda se mostrou arraigado à teoria subjetivista, adotando a teoria objetivista como exceção.

Observação assaz pertinente é a feita por Ronnie DUARTE, lembrando a alteração da conjunção alternativa “ou” para a conjunção aditiva “e” (art. 159 do Código Civil de 1.916 e artigo 186 do Código Civil de 2.002). Passou-se a exigir, para a configuração de ato ilícito, tanto a violação de um direito quanto a ocorrência de um dano a outrem – e não mais um ou outro. Com isso, observa-se um estreitamento da noção de ilicitude.

Conclui o autor: “Por influência da doutrina da ação final, o juízo de valor recai sobre a conduta do agente e não mais, como ocorria na vigência do antigo código, apenas sobre o resultado (o dano)”.¹⁵⁷ Observa, ainda, que não é outra a

¹⁵⁴ Ibidem. p. 41.

¹⁵⁵ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo código civil**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 47.

¹⁵⁶ CHINELLATO. *ob. cit.* p. 946.

¹⁵⁷ DUARTE. *ob. cit.* p. 66.

solução adotada pelo Direito Penal, com a atenção voltada à conduta do sujeito, e não ao dano.

Através da observação feita pelo autor, é possível concluir, por mais um argumento, que não há, no Código Civil de 2.002, um abandono da teoria subjetivista.

3. REVISANDO CONCEITOS TEÓRICOS E APRESENTANDO REFLEXÕES

O presente e derradeiro capítulo teórico busca expor argumentos que, conjugados, demonstram ser temerosa a exclusão do conceito de culpa como pressuposto da responsabilidade civil, no ordenamento jurídico.

Demonstra-se, ainda, através do Princípio da Transsubjetividade, criado por PONTES DE MIRANDA e cuja aplicação foi ampliada por Marcos Bernardes de MELLO, que não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, casos de responsabilidade objetiva tal como a maior parte da doutrina define. Para tanto, considerações serão feitas a respeito dos casos de excludentes de culpabilidade, fundamentais para uma compreensão aprofundada e técnica do tema.

Ainda, far-se-á uma análise do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil de 2.002, como forma de demonstrar a resistência da culpa no ordenamento jurídico civil.

Por fim, lançar-se-á um olhar à culpa enquanto fator de humanidade, como instrumento para combater a tendência à economização do direito civil, amplamente verificada na chamada “loteria de indenizações”.

3.1. O PRINCÍPIO DA TRANSUBJETIVIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

PONTES DE MIRANDA, ao tratar do dever de reparação e dos danos reparáveis, insere uma categoria nova, no binômio da responsabilidade civil (responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva), criando uma terceira figura: a da *responsabilidade transsubjetiva*.

Afirma, PONTES DE MIRANDA, que a responsabilidade por fato (natural, do animal, da planta), pode ser objetiva *ou* transsubjetiva.¹⁵⁸

Na categoria desenvolvida por PONTES DE MIRANDA, responsabilidade transsubjetiva, utilizando as palavras do próprio autor, “não se repara se não há

¹⁵⁸ MELLO, Marcos Bernardes. **Responsabilidade civil do produtor e do fornecedor por vício ou defeito do produto ou do serviço: uma revisão de conceitos**. In: Temas de Direito Civil Contemporâneo. Estudos sobre o direito das obrigações e contratos em homenagem ao professor Paulo Luiz Netto Lôbo. Coordenadores: Marcos Ehrhardt e Daniel Conde Barros. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 487-488.

ligação ao sujeito, posto que não provenha de ato dele, diretamente, o dano”.¹⁵⁹ Ou seja, ainda que o autor não tenha realizado a conduta direta que ocasionou o dano, indiretamente, ele realizou *alguma* conduta que acabou por gerar o dano.

Para facilitar a compreensão, PONTES DE MIRANDA fornece o exemplo de um vaso que cai de um prédio, causando dano. Quem deverá responder por tal dano é a pessoa que colocou o vaso na janela, ainda que não tenha atirado diretamente o vaso e causado o dano à vítima.

Em síntese, a “responsabilidade por ato de outrem, qualquer que seja a regulamentação do ônus da prova, é responsabilidade pela contrariedade transubjetiva a direito”.¹⁶⁰

Marcos Bernardes de MELLO, por sua vez, partindo do conceito definido por PONTES DE MIRANDA, afirma que “sempre que alguém responde por fato de terceiro, da coisa, do animal ou, simplesmente, da atividade perigosa que implica riscos, a norma jurídica estabelece um nexo entre o fato danoso e o homem que transcende à pura subjetividade da culpa e não se compraz somente com a objetividade do risco”.¹⁶¹

O autor defende, dessa forma, que a transubjetividade transcenderia a responsabilidade subjetiva e objetiva, uma vez que vai além da conduta voluntária do agente, mas também não se sustenta apenas em um fator objetivo, pois traria em seu cerne também um elemento subjetivo. “*Encobre-se a subjetividade sem, contudo, afastá-la em definitivo, como ocorreria se se tratasse de objetividade*”,¹⁶² conclui Marcos Bernardes de MELLO.

A guisa de esclarecer as colocações feitas, é pertinente definir os elementos integrantes da responsabilidade transubjetiva, ainda de acordo com Marcos Bernardes de MELLO, quais sejam:

- a) elemento objetivo: dano causado por terceiro, fato da coisa ou animal;
- b) elemento subjetivo: o nexo resultante do autor ou instrumento causador do dano e aquele a quem se imputa o dever de indenizar (independente de culpa efetiva deste);
- c) elemento misto: excludentes de responsabilidade de caráter subjetivo ou objetivo.

¹⁵⁹ PONTES DE MIRANDA. *ob. cit.* t. LIII. p. 122.

¹⁶⁰ *Idem.*

¹⁶¹ MELLO. **Responsabilidade...** *op. cit.* p. 490. E MELLO. **Teoria...** *op. cit.* p. 245.

¹⁶² MELLO. **Responsabilidade...** *op. cit.* p. 491.

A respeito das **excludentes**, maiores considerações serão feitas ao longo do desenvolvimento do capítulo.

Antes, porém, cabe fazer uma breve exposição da Teoria do Fato Jurídico de PONTES DE MIRANDA que, afinal, serviu de base para a construção da Teoria da Transsubjetividade da Responsabilidade Civil, aqui defendida.

3.1.1. A teoria do fato jurídico¹⁶³ aplicada à transsubjetividade

A Teoria do Fato Jurídico, na doutrina de PONTES DE MIRANDA, é, nas palavras de Marcos Bernardes de MELLO, “em verdade e em essência, uma Teoria Geral do Direito”.¹⁶⁴

PONTES DE MIRANDA ensina que todas as situações jurídicas decorrem do fato jurídico. Este seria o fator propulsor das relações jurídicas, originando-as. Com efeito, à exceção das relações humanas que são diretamente jurisdicizadas, todas decorrem do fato jurídico.

Explica-se que “quando se fala de fatos, alude-se a algo que ocorreu, ou ocorre, ou vai ocorrer”.¹⁶⁵ Nesse sentido, o mundo seria, de acordo com PONTES DE MIRANDA, a soma de todos os fatos ocorridos e o campo em que os fatos futuros irão acontecer.

Em síntese, o doutrinador afirma ser errado explicar o fato jurídico apenas sob a perspectiva do “fato do mundo”, isoladamente considerado; porém, igualmente não seria suficiente explicá-lo apenas sob a perspectiva de norma jurídica.

É, pois, pela conjugação dos dois elementos que se constrói o fato jurídico.

Nessa perspectiva, convém partir dos enunciados iniciais, formulados pelo autor da doutrina, para uma melhor compreensão:

- a) O mundo jurídico está no conjunto a que se chama mundo.
- b) O mundo concorre com fatos seus para que se construa o mundo jurídico; porém esse seleciona e estabelece a causação jurídica, não necessariamente correspondente à causação dos fatos.

¹⁶³ Desenvolvimento feito com base no Curso de **Direito Civil A**, ministrado pelo professor Rodrigo Xavier Leonardo, na Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2.007.

¹⁶⁴ MELLO. **Responsabilidade...** *ob. cit.* p. 483.

¹⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo I. n.º 0370. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.974. p. 3.

c) A **juridicização** é o processo peculiar ao direito; noutros termos: o direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos (= para que entrem no mundo jurídico).¹⁶⁶

Para que o processo de juridicização ocorra, é preciso que as regras jurídicas (normas abstratas) incidam sobre os fatos, trazendo-os para o mundo do direito, portanto. PONTES DE MIRANDA compara tal fenômeno com a prancha da máquina de impressão, deixando uma marca colorida em cada folha, e, dessa forma, selecionando os fatos do mundo relevantes ao mundo do direito.

A norma jurídica conteria, em suma, dois elementos:

a) um suporte fático, que seria a descrição em abstrato de um fato ou de um conjunto de fatos que ocorreram ou podem ocorrer (conduta humana, evento da natureza, elementos psicológicos, estimativas valorativas ou desvalor). Normalmente a descrição do suporte fático de uma norma abrange vários fatos, sendo, portanto, dotado de complexidade. Raramente um suporte fático traz apenas um ou dois fatos, podendo, inclusive, abranger os próprios fatos jurídicos;¹⁶⁷

b) prescrição do efeito jurídico: seria os efeitos, uma pluralidade quase infinita deles, que o legislador pode atribuir à norma jurídica;

A incidência da norma jurídica ocorreria pela verificação, no mundo “real”, do suporte fático descrito pela norma, acarretando a prescrição de seus efeitos. E com a transformação do suporte fático em fato jurídico, surgiriam situações jurídicas.

SUPORTE FÁTICO

Algumas considerações devem ser feitas em relação ao suporte fático, pois a compreensão de sua estrutura será essencial à compreensão da Teoria da Transubjetividade, em si.

A expressão foi trazida do alemão *Tatbestand*, por PONTES DE MIRANDA, expressão esta utilizada primeiramente no direito penal.¹⁶⁸

Conforme mencionado, o suporte fático normalmente é dotado de complexidade. Assim, é possível verificar em sua estrutura elementos nucleares, complementares e elementos integrativos.

¹⁶⁶ PONTES DE MIRANDA. *op. cit.* t. I. p. 4-5.

¹⁶⁷ *Ibidem.* p. 34-35.

¹⁶⁸ MELLO. *Teoria...* *op. cit.* p. 42.

Os elementos nucleares são formados pelo cerne e completantes. O cerne, como do próprio nome se pode auferir, determina a forma final do suporte fático e “fixa, no tempo, a sua concreção”. Ou seja, é o “dato fático fundamental do fato jurídico”¹⁶⁹, nas palavras de Marcos Bernardes de MELLO. Há, ainda, elementos completantes o núcleo do suporte fático, que especificam o fato jurídico. A ausência de elementos nucleares (núcleo + completantes) afeta o plano da existência. Ou seja, sem elementos nucleares, o fato jurídico não existe.

Os elementos complementares, por sua vez, como o nome diz, complementam o suporte fático (não integram o núcleo, como os elementos completantes). São elementos que afetam o plano da validade, dizendo respeito ao sujeito (capacidade de agir, legitimação, perfeição da manifestação de vontade, boa-fé e equidade, esta nos negócios de consumo), ao objeto (licitude, moralidade, possibilidades física e jurídica e determinabilidade) ou à forma de manifestação de vontade (atendimento à forma prescrita ou forma não defesa em lei). Podem afetar, também, a eficácia do fato jurídico (além da validade), não interferindo na sua existência.

Por fim, os elementos integrativos atuam irradiando determinado efeito próprio do ato jurídico que dele depende, somando-se à eficácia normal do negócio jurídico. Dizem respeito a atos jurídicos praticados por terceiros, normalmente autoridade pública. Afetam apenas o plano da eficácia.¹⁷⁰

Em relação ao processo de incidência, faz-se necessário, ainda, observar a classificação dos fatos jurídicos. O objetivo da classificação desenvolvida por PONTES DE MIRANDA era criar um sistema que correspondesse às situações enfrentadas pelos juristas, que teriam, no modelo por ele desenvolvido, uma resposta a essas situações.

CLASSIFICAÇÃO DO FATO JURÍDICO

PONTES DE MIRANDA fundamentou sua classificação do fato com base nos elementos nucleares do suporte fático, ou seja, cerne e elementos completantes do núcleo.

¹⁶⁹ MELLO. *Teoria...* op. cit. p. 52.

¹⁷⁰ Ibidem. p. 56-65.

Partindo de tal metodologia, adotou os seguintes critérios:¹⁷¹

- a) conformidade ou desconformidade com o ordenamento jurídico;
- b) presença ou ausência de ação humana cujo elemento “vontade” seja relevante para a incidência.

Do primeiro critério, resultou a divisão dos fatos jurídicos em lícitos e ilícitos. No fato lícito, a incidência se dá por conduta em conformidade com o ordenamento jurídico, ao passo que, no fato ilícito, o suporte fático está em desconformidade com o direito, gerando efeitos específicos.

Faz-se necessário mencionar a discussão doutrinária a respeito da possibilidade, ou não, de se considerar um fato ilícito como jurídico.

Alguns autores afirmam não ser possível a classificação apresentada, alegando uma contradição se considerar como jurídico algo que é contrário ao direito (ilícito). Como resposta, PONTES DE MIRANDA e Marcos Bernardes de MELLO apontam a diferenciação entre licitude/ilicitude e juridicidade/injuridicidade.

Primeiramente, afirmam os autores que o fato jurídico lícito e o ilícito teriam, entre si, uma diferença meramente axiológica. Isto porque não é a condição de ser *lícito* que transforma o fato em *jurídico*, e sim, conforme amplamente demonstrado, a incidência da norma jurídica no suporte fático. Conforme explicou Marcos Bernardes de MELLO, “um fato que hoje é *valorado* como ilícito, por mudança dos *valores* contingentes da sociedade poderá vir a ser considerado lícito”.

Quanto ao segundo critério, pautado no elemento volitivo, considera-se a presença ou não de vontade humana no cerne do suporte fático. Diversas são as possibilidades de elementos integrantes do suporte fático (conduta humana, fato do animal, fato da natureza). Quando há a presença de uma conduta humana, o tratamento do fato jurídico (*lato sensu*) é diferenciado.

Com base no critério volitivo, surgem, então, as seguintes categorias:

- a) fato jurídico *stricto sensu*: ocorrem por simples fatos da natureza ou do animal, prescindindo de ato humano.
- b) ato-fato jurídico: há uma conduta humana na descrição do suporte fático, porém, a vontade manifestada não é juridicamente relevante. A presença de vontade não importa para a incidência da norma jurídica, sendo mais relevante o resultado fático dela decorrente;

¹⁷¹ MELLO. *Teoria...* op. cit. p. 116.

c) ato jurídico *lato sensu*: há manifestação de vontade juridicamente relevante, porque sua ocorrência é essencial para a incidência da norma jurídica, compondo, dessa forma, o núcleo do suporte fático. Esta categoria se subdivide ainda em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico.

3.1.2. As fontes da responsabilidade civil, sob a perspectiva da teoria do fato jurídico: ato ilícito e ato-fato indenizativo¹⁷²

Marcos Bernardes de MELLO critica a doutrina que coloca na lei a fonte de responsabilidade civil, como nos casos considerados pela doutrina como de responsabilidade objetiva.

Isto porque, conforme demonstrado ao longo da exposição da Teoria do Fato Jurídico, a incidência não pode ser considerada apenas sob o ponto de vista da norma jurídica. O fato jurídico só produz efeito quando a norma jurídica incide sob o suporte fático, atribuindo-lhe a característica de jurídico. Nas palavras do autor, “o fenômeno jurídico, visto em sua dimensão normativa, se desenvolve desde a incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático, que, juridicizando-o, cria o fato jurídico (=eficácia normativa).”¹⁷³

Portanto, considerar a lei como fonte de responsabilidade civil é lançar uma visão incompleta e errada sob o fenômeno do fato jurídico. A lei por si só é incapaz de produzir efeitos, depende, para tanto, da incidência.

Da mesma forma, a vontade é insuficiente para gerar efeitos jurídicos, pois é apenas o suporte fático da lei (=norma jurídica).

Constatado isso, Marcos Bernardes de MELLO parte em busca de encontrar as verdadeiras fontes de responsabilidade civil. Para tanto, analisa a responsabilidade civil a partir da ótica da imputação do dever de indenizar.

¹⁷² Texto base utilizado: MELLO, Marcos Bernardes. **Responsabilidade civil do produtor e do fornecedor por vício ou defeito do produto ou do serviço: uma revisão de conceitos**. In: Temas de Direito Civil Contemporâneo. Estudos sobre o direito das obrigações e contratos em homenagem ao professor Paulo Luiz Netto Lôbo. Coordenadores: Marcos Ehrhardt e Daniel Conde Barros. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 483-505.

¹⁷³ Conforme explicação de Marcos Bernardes de MELLO, “o fenômeno jurídico se desenvolve, necessariamente, em três dimensões: a) axiológica, ou política, em que os fatos sociais são valorados e as normas jurídicas são reveladas (postas), regulando-os; b) normativa, ou dogmática, em que já existe a norma jurídica devidamente vigente, a qual, incidindo sobre os fatos que constituem seu suporte fático, cria os fatos jurídicos e constrói a juridicidade; c) sociológica; que diz respeito à efetivação das normas no ambiente social”. MELLO. **Responsabilidade...** *op. cit.* p. 492.

Esta imputação gera para as partes uma relação jurídica, cuja eficácia é a própria responsabilidade civil, diferenciando-se das demais relações jurídicas devido ao fato de ser imposta, contra a vontade dos sujeitos.

O ato ilícito era considerado, pela doutrina clássica, a fonte maior de responsabilidade civil, conforme se viu.¹⁷⁴ A culpa, efetiva ou presumida, era elemento completante do suporte fático do fato jurídico.¹⁷⁵ Com o desenrolar da teoria objetiva, pautada no risco, passou-se a considerar também a lei como fonte, o que é errado, conforme restou comprovado.

Entretanto, tais concepções não estão de todo corretas. Quanto à lei, já se abordou a questão, explicando a necessidade de sua incidência sobre um suporte fático para que gere efeitos.

Em relação ao ato ilícito, a doutrina geralmente não o define ou se limita a dizer que ele é o *subtractum* da culpa. Nesse sentido, José de Aguiar DIAS assim se expressa, “para nos interarmos da noção de culpa, cumpre partir da concepção do fato violador de uma obrigação (dever) preexistente. Esse fato constitui o ato ilícito, de que é **subtractum** a culpa. Esta o qualifica”.¹⁷⁶

Entretanto, Marcos Bernardes de MELLO, salienta que o posicionamento doutrinário que coloca a conduta voluntária, culposa, portanto, como fundamento do ato ilícito, é metodologicamente incorreto. Isto porque exclui do conjunto de fatos ilícitos lato *sensu* espécies que geram ilicitude, pela sua configuração fática.¹⁷⁷

Marcos Bernardes de MELLO se utiliza do conceito de suporte fático trazido por PONTES DE MIRANDA para encontrar a fonte da responsabilidade civil. Ensina, o autor, que os suportes fáticos podem ser pautados em três fundamentos: eventos naturais, condutas humanas com resultado independente de vontade e atos.¹⁷⁸

Dentre os **ilícitos** volitivos, só se pode considerar o ato jurídico ilícito, uma vez que não existe negócio jurídico ilícito. O seguinte quadro ilustra melhor a classificação dos fatos jurídicos ilícitos lato *sensu*.¹⁷⁹

¹⁷⁴ E a noção de ato ilícito ainda se verifica no Código Civil de 2002: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL. **Código Civil Brasileiro...** *op. cit.*).

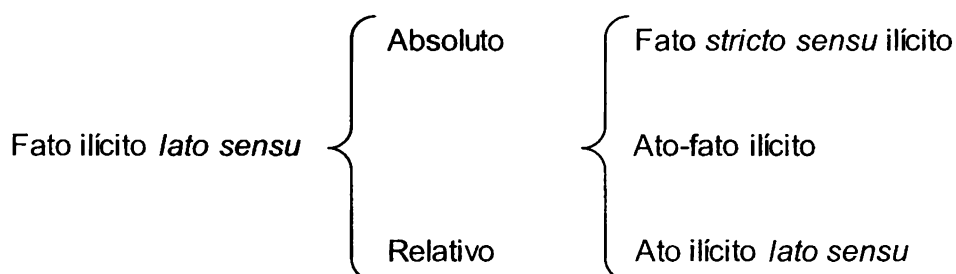
¹⁷⁵ MELLO. **Responsabilidade...** *op. cit.* p. 497.

¹⁷⁶ DIAS. *ob. cit.* p. 133.

¹⁷⁷ MELLO. **Teoria...** *ob. cit.* p. 236.

¹⁷⁸ Cada uma dessas possibilidades, após a incidência da norma jurídica, dariam origem, respectivamente a: fato, ato-fato e ato jurídico. MELLO. **Responsabilidade...** *op. cit.* p. 502.

¹⁷⁹ MELLO. **Teoria...** *op. cit.* p. 237.



Os fatos jurídicos *lato sensu* **ilícitos** importam ao estudo uma vez que dão origem a maior parte das relações jurídicas obrigacionais indenizativas.

Já quanto aos fatos jurídicos *lato sensu* **lícitos**, de todas as categorias anteriormente demonstradas, destaca-se a de ato-fato jurídico, para os quais existe uma conduta humana avolitiva na produção do resultado, que se dividiriam em ato real (produz um resultado fático), ato-fato indenizativo (situações em que uma conduta lícita causa dano a alguém, devendo-se indenizar) e ato-fato caducificante (uma conduta lícita acarreta a perda de um direito).

À responsabilidade civil interessa a categoria do ato-fato indenizativo, uma vez que “é, precisamente, a circunstância de que um ato humano praticado lícitamente causa prejuízo a alguém e tem por eficácia a responsabilidade civil daquele a quem esteja vinculado”.¹⁸⁰

O suporte fático do ato-fato indenizativo seria integrado por uma conduta lícita (ato) e pelo dano a patrimônio alheio (fato danoso). Não há, como destacado, ilicitude. O dever de indenizar surge do próprio dano. Se houver ilicitude, o fato jurídico (*lato sensu*) deixa de ser ato-fato para se configurar como ato ilícito.

Marcos Bernardes de MELLO conclui, com isso, que duas categorias de fato jurídico podem acarretar o dever de indenizar: um ato ilícito, mesmo sem culpa, ou um ato-fato jurídico indenizativo.

Essas duas categorias de fato jurídico *lato sensu* que configuram as fontes de responsabilidade civil.

¹⁸⁰ MELLO. **Responsabilidade...** *op. cit.* p. 503.

3.1.3 As excludentes de responsabilidade¹⁸¹

Conforme aludido no início do presente capítulo, pretende-se demonstrar aqui que, em obediência ao rigor técnico, não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, casos de responsabilidade objetiva na forma que grande parte da doutrina a define.

Marcos Bernardes de MELLO, utilizando-se da doutrina ponteana, aponta que a doutrina, em geral, define responsabilidade objetiva como aquela que prescinde de culpa. Defende, entretanto, que tão conceituação não obedeceria às exigências técnicas e científicas.

Isto porque, o conceito de *objetividade* demanda que o suporte fático do fato jurídico gerador de responsabilidade, além da *ausência de culpa*, contivesse também a *incondicionalidade da imputação*. Ou seja, para que se verifique objetividade, a imputação do dever de indenizar é incondicional: nunca pode ser excluída. Entretanto, o que se verifica no ordenamento jurídico brasileiro é a presença de vários casos que excluem o dever de indenizar, mesmo na responsabilidade objetiva.

Assim, partindo da análise dos casos mais lembrados como de responsabilidade objetiva, Marcos Bernardes de MELLO demonstra, através da análise das excludentes, que não existe responsabilidade objetiva no direito brasileiro.

a) responsabilidade civil por atos de terceiro: está presente nas hipóteses do art. 932 do novo Código Civil,¹⁸² estabelecendo a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos; do tutor e do curador pelos pupilos e curatelados; do empregador ou comitente pelos empregados, serviçais e prepostos no exercício de suas funções;

¹⁸¹ Texto base utilizado: MELLO, Marcos Bernardes. **Responsabilidade civil do produtor e do fornecedor por vício ou defeito do produto ou do serviço: uma revisão de conceitos**. In: Temas de Direito Civil Contemporâneo. Estudos sobre o direito das obrigações e contratos em homenagem ao professor Paulo Luiz Netto Lôbo. Coordenadores: Marcos Ehrhardt e Daniel Conde Barros. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 483-505.

¹⁸² "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia." (BRASIL. **Código Civil Brasileiro...** op. cit.).

dos donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro por seus hóspedes, moradores e educandos.

Ainda que o artigo 933 exclua a necessidade de culpa para que ocorra a responsabilização, destaca-se a necessidade de ilicitude do ato. Isto porque se o ato do terceiro for lícito, não haverá obrigação de indenizar.

Marcos Bernardes de MELLO menciona o exemplo do ato praticado em legítima defesa, desprovido de ilicitude. Assim, verifica-se a necessidade de que o ato seja *culposo*. Não há, portanto, objetividade.

b) responsabilidade do dano ou detentor por dano provocado pelo animal: o Código Civil de 2002 reduziu de quatro hipóteses de excludentes, constantes no Código Civil de 1916, para duas possibilidades de exclusão do dever de indenizar. São elas: culpa da vítima e força maior. (Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior).¹⁸³ Portanto, do mesmo modo, não há que se falar em responsabilidade civil objetiva.

c) responsabilidade do dono da edificação pelos danos causados pela sua ruína: nos termos do artigo 937, “o dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta”.¹⁸⁴ Portanto, não há objetividade. Se não houver omissão ou negligência da parte do responsável, ou se não houver indícios da necessidade de reparos, não haverá obrigação de indenizar.

d) responsabilidade do habitante do prédio pela queda ou lançamento de coisas de edificações: o artigo 938, estabelece que as coisas caiam ou sejam lançadas em lugar indevido.¹⁸⁵ Portanto, não haverá dever de indenizar se a coisa cair ou for lançada de lugar adequado. Marcos Bernardes de MELLO destaca ainda que poderia parecer objetiva a responsabilidade pelas coisas que caem do edifício, uma vez que poderia se dar por fenômeno da natureza, ao acaso. Entretanto, para o autor, a mesma excludente se aplica, importando que o local seja indevido.

e) responsabilidade civil por danos nucleares e radiológicos: as leis que disciplinam a matéria, Lei nº 6.453/77 e Lei nº 10.308/01¹⁸⁶, estabelecem duas

¹⁸³ BRASIL. *Código Civil Brasileiro... op. cit.*

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ Idem. “Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”.

¹⁸⁶ BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 10.308/01**, de 20 de novembro de 2001. Dispõe sobre a seleção de locais, a construção, o licenciamento, a operação, a fiscalização, os custos, a indenização, a responsabilidade civil e as garantias referentes aos depósitos de rejeitos radioativos, e

excludentes de objetividade da responsabilidade por danos nucleares e radiológicos. Em primeiro lugar, a culpa exclusiva da vítima¹⁸⁷, nos termos do art. 6º da Lei nº 6.453/77, que diz: “Art. 6º. Uma vez provado haver o dano resultado exclusivamente de culpa da vítima, o operador será exonerado, em relação a ela, da obrigação de indenizar”. E em segundo lugar, se o dano resulta de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.¹⁸⁸

Quanto à responsabilidade por danos ambientais, verifica-se uma tendência dos tribunais a decidirem segundo critérios de objetividade, imputando o dever de indenizar pela própria ocorrência do dano. De fato, a legislação ambiental não prevê expressamente a presença de excludentes de responsabilidade (Lei nº 6938/81¹⁸⁹).

Entretanto, tal posicionamento não é unânime. Nesse sentido, Carlos Alberto Menezes DIREITO e Sérgio CAVALIERI FILHO, ao tratar da responsabilidade por danos ao meio ambiente, assim se posicionaram:

Se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes da responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da Lei a maior parte dos casos de poluição ambiental. Mas também aqui têm pertinência as considerações feitas no item anterior sobre as excludentes de responsabilidade previstas na legislação civil.¹⁹⁰

As excludentes, mencionadas pelos autores em seu texto, referem-se às “excludentes gerais de responsabilidade, previstas na legislação civil”¹⁹¹. Uma vez que os próprios autores reconhecem a inaplicabilidade do caso fortuito e da força maior, acredita-se que estavam a se referir à culpa exclusiva de terceiro.

dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 nov. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10308.htm. Acesso em: 25/08/2010.

¹⁸⁷ BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 6.453/77**, de 17 de outubro de 1977. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Brasília, DF, 17 out. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6453.htm>. Acesso em: 25/08/2010.

¹⁸⁸ “Art. 8º. O operador não responde pela reparação do dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.” Brasil. **Lei nº 6.453/77**...

¹⁸⁹ BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 6.938/81**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 25/08/2010.

¹⁹⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 31-33.

¹⁹¹ *Ibidem*. p. 33.

Diante do exposto, parece não existir hipótese de responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Os casos que a maior parte da doutrina atribui como tal, como se pode constatar, são casos de *transubjetividade* de responsabilidade civil.

Isto porque a transubjetividade vai além da atividade do homem a quem se atribui o dever de indenizar, desde que, “objetivamente, se tem por fundamento fáctico ato ou fato que ele não produz ou, se produz, o faz lícitamente (= conforme o direito)”,¹⁹² entretanto, admite, conforme demonstrado, elementos subjetivos, concretizados nas hipóteses excludentes do dever de indenizar.

3.2. “A CULPA QUE SAI PELA PORTA, RETORNA PELA JANELA”¹⁹³

É ampla a presença da culpa no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se pode observar da exposição doutrinária de Marcos Bernardes de MELLO que, utilizando os conceitos da doutrina de PONTES DE MIRANDA, ampliou-os e promoveu sua aplicação aos casos da legislação pátria.

Com isto, foi bem sucedido em comprovar, não apenas a presença de culpa na maioria dos casos tidos pela doutrina como de responsabilidade objetiva, mas também que inexistente objetividade, no rigor técnico-científico da palavra.

Resta analisar, ainda, mais um importante ponto controverso, na matéria da responsabilidade civil, também envolvendo o elemento culpa: a possibilidade de quantificação da reparação civil, consubstanciada no art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

3.2.1. O artigo 944, parágrafo único, do Código Civil atual

No direito penal, a culpa é utilizada como forma de dosimetria da pena. Por sua vez, na área civil, é longa a discussão a respeito de uma utilização da culpa como critério de fixação do montante de reparação.

¹⁹² MELLO. **Responsabilidade...** *ob. cit.* p. 491.

¹⁹³ LEONARDO. **O regresso...** *ob. cit.*

Historicamente, a culpa possuía diferentes graus de gravidade, como parâmetro de reparação do dano, porém, foi consagrada a irrelevância de tal divisão, com o passar do tempo.¹⁹⁴

Contudo, Marcelo Junqueira CALIXTO destaca que “hoje, porém, a situação não parece mais ser a da total irrelevância do estudo dos graus, bastando observar que alguns diplomas civis reconhecem que o montante da reparação civil possa tomar em consideração, entre outros elementos, a gravidade da culpa”.¹⁹⁵

O autor lembra que no Código Civil de 1.916 não trazia nenhuma distinção quanto ao grau de culpa, sem nenhum dispositivo que a consagrasse. Afirma que “o grau da culpa foi utilizado como fundamento para a *existência da obrigação de reparar*, e não para o cálculo do *valor da reparação*”.¹⁹⁶

Entretanto, ressalta que a jurisprudência já vinha admitindo, em diversos julgados, a utilização da culpa como critério de quantificação da reparação.

O Código Civil de 2.002, por sua vez, consagrou, no artigo 944, parágrafo único, a utilização da culpa como fator de cálculo da reparação civil. Diz o dispositivo:

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.¹⁹⁷

Pode-se observar que se trata de uma atribuição legal, conferida ao juiz, para que arbitre a indenização pelo grau de culpa do ofendido. Marcelo Junqueira CALIXTO se referiu ao dispositivo afirmando ser “uma solução de compromisso entre as forças da tradição e as forças da renovação, o que resultou numa solução legislativa inovadora em relação a alguns congêneres diplomas europeus”.¹⁹⁸

Com efeito, Rodrigo Xavier LEONARDO, em exercício de direito comparado, aponta três exemplos de dispositivos similares ao artigo 944, parágrafo único do nosso Código Civil atual.¹⁹⁹ São eles:

a) Art. 44, II, Código Civil Suíço das Obrigações (1.911). “Se o obrigado à indenização que não causou o dano nem intencionalmente nem por negligência

¹⁹⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 299-300.

¹⁹⁵ Ibidem. p. 300.

¹⁹⁶ Ibidem. p. 301.

¹⁹⁷ BRASIL. **Código Civil Brasileiro...** *op. cit.*

¹⁹⁸ CALIXTO. *op. cit.* p. 303-304.

¹⁹⁹ LEONARDO. **O regresso...** *op. cit.*

grave, ficar, pela prestação da indenização, reduzido a estado de necessidade, poderá o juiz, também por esse motivo, minorar a obrigação de indenizar”;

b) Art. 1069, parágrafo único do Código Civil Argentino (acrescentado pela Lei. 17.711/68). “Os juízes, ao fixar as indenizações por danos, poderão considerar a situação patrimonial do devedor, atenuando-a se for equitativo. Não será aplicável esta faculdade se o dano for imputável ao dolo do responsável”;

c) Art. 494 do Código Civil Português (1.966). “Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”.

O professor Rodrigo Xavier LEONARDO salienta as diferenças entre tais dispositivos e seu semelhante brasileiro, como, por exemplo, no primeiro caso, “é elemento do suporte fático do art. 44, II, do Código Civil Suíço das Obrigações, que a indenização integral conduza o agressor a um *estado de necessidade*”²⁰⁰. Já no caso argentino, a legislação leva em consideração o critério equitativo. Por fim, no Código Civil Português, são levados em conta, no suporte fático, além da culpabilidade, a situação econômica e demais circunstâncias do caso.²⁰¹

Como se disse, há divergência doutrinária acerca do acolhimento de tal princípio. Autores como Miguel KFOURI NETO são favoráveis a utilização da culpa como fator de atribuição quantitativa do dever de indenizar.²⁰²

Entretanto, há autores que se posicionam contra. Entre eles, Anderson SCHREIBER que defende que “a redução equitativa da indenização não apenas se limita ao âmbito da quantificação, como também exclui, a *contrario sensu*, uma majoração do *quantum* indenizatório, indo justamente de encontro ao caráter punitivo”.²⁰³

²⁰⁰ LEONARDO. **O regresso...** *op. cit.*

²⁰¹ *Idem.*

²⁰² Assim se posiciona o autor: “Enfim, a culpa, ainda que levíssima, determina a responsabilidade civil. A análise da gravidade determinará o *quantum* indenizatório. Essa gradação introduzida pelo novo Código Civil brasileiro permitirá maior justiça ao se fixar a extensão da reparação do dano – por meio da análise da gravidade da imperícia, negligência ou imprudência com que se houve o profissional da medicina. Conforme maior ou menor previsibilidade do resultado, maior ou menor falta de cuidado objetivo, o agir culposo será enquadrado como levíssimo, leve ou grave. Aí, o juiz poderá proceder à justa individualização da culpa e, por conseguinte, a extensão da reparação”. KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5ª ed. rev. e atual. à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.73-77.

²⁰³ SCHREIBER. *op. cit.* p. 48.

Também o posicionamento de Maria Celina Bodin de MORAES, que não admite critério de reparação com base em condição pessoal da vítima ou no grau de culpa. Defende, a autora, que “os critérios que não devem ser utilizados são aqueles próprios do juízo de punição ou de retribuição, isto é, as condições econômicas do ofensor e a gravidade da culpa. Tais elementos dizem respeito ao dano causado, e não ao dano sofrido”.²⁰⁴

Marcelo Junqueira CALIXTO é mais uma das vozes doutrinárias que não aprova a adoção de tal critério de quantificação da reparação civil pelo Código Civil. O autor defende que a norma pode acarretar uma violação ao princípio da reparação integral do dano.²⁰⁵

Rodrigo Xavier LEONARDO invoca a prudência jurisprudencial na hora da averiguação do caso. Partindo da análise de direito comparado, (entre as legislações cíveis suíça, argentina, portuguesa e a brasileira), o autor defende, não uma supressão do princípio da reparação do dano integral, mas uma “*minoração na quantificação dos danos como medida possível, sem aplicação cogente*”. Afirma, ainda que “*não há incidência da norma jurídica que prevê a minoração dos danos nas situações em que se verifica o dolo do agressor*”.²⁰⁶

De fato, o que se tem no *caput* do citado artigo é a regra de reparação integral do dano, sendo possível a reparação parcial como exceção, deixada a cargo do juiz.

Em verdade, o parágrafo único do artigo 944, do Código Civil de 2.002, diz respeito a uma cláusula geral - normas que têm sido amplamente utilizadas no ordenamento jurídico civil. Sobre tal modalidade, vale transcrever a lição de Judith Martins COSTA, por trazer explicação detalhada sobre o tema:

[...] às cláusulas gerais é assinalada a vantagem da mobilidade, proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contém, pelo que é afastado o risco do imobilismo porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade. Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. (...) Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se

²⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana : uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 333.

²⁰⁵ CALIXTO. *op. cit.* p. 320.

²⁰⁶ LEONARDO. **O regresso...** *op. cit.*

pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização destes elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico.²⁰⁷

Da leitura da lição da professora Judith Martins COSTA, é possível concluir ser exatamente este o caso do parágrafo único do artigo 944.

Milton Paulo de CARVALHO FILHO, por sua vez, olha para o artigo em discussão sob a ótica do Princípio da Equidade. Defende que, em se verificando a presença de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, situações que exigem boa-fé, correção e probidade, o juiz tem liberdade para decidir. No entendimento do autor, “surge aí então nesse contexto, com papel relevante, no novo diploma civil, a equidade, com a finalidade de adequar os fatos sociais aos modelos jurídicos existentes, diante de sua insuperável contingência”.²⁰⁸

A despeito de discussões doutrinárias, fato é que o dispositivo em questão traz o elemento culpa como fator de mensuração do *quantum* de reparação, mostrando-se como um critério de justiça, levando em conta não apenas a esfera jurídica do ofendido, mas também a de quem se imputa o dever de reparar.

Dessa forma, cabe ao juiz estabelecer, utilizando-se critérios de proporcionalidade e razoabilidade, e com base na culpa, o montante a ser indenizado.

²⁰⁷ “Estes novos tipos de normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”. Por vezes - e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas - o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas”. COSTA, Judith Martins. **O Direito Privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>. Acesso em: 22/10/2010.

²⁰⁸ CARVALHO FILHO. *ob. cit.* p. 12.

3.2.2 A culpa como um fator de humanidade

Cabe colocar, na *coda*²⁰⁹ do presente trabalho, um último olhar a ser lançado sobre o elemento culpa: o de fator humanitário, na responsabilidade civil.

Muito se fala em reconstitucionalização do direito civil, através de uma releitura principiológica, com o princípio da dignidade da pessoa humana se sobrepondo às relações patrimoniais, foco das codificações liberais derivadas do *Code de Napoleón*.

Paulo Luiz Netto LÔBO explica que, tanto o constitucionalismo quanto a codificação, notadamente os códigos civis, são produto do individualismo jurídico. Defende o autor que “cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação)”.²¹⁰

O mesmo autor destaca o cunho patrimonializante das codificações civis, uma vez que têm na propriedade e no contrato (modo de circulação da propriedade, de acordo com o autor), dois de seus principais institutos.²¹¹ Nesse sentido, a figura humana era mero pólo da relação jurídica.

Entretanto, chega um momento em que, nas palavras de Pablo MALHEIROS, “o direito subjetivo cede diante da cooperação das partes para o cumprimento das obrigações pactuadas, a florescer o princípio da solidariedade”.²¹²

É o momento do tão propagado fenômeno da constitucionalização do direito civil, sobre o qual, vale a transcrição das palavras de Paulo Luiz Netto LÔBO:

Pode-se afirmar que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional. As duas principais espécies de obrigações civis, o contrato e a responsabilidade civil, têm firmados na Constituição de 1988 seus esteios fundamentais. Na história recente do direito, a constitucionalização foi antecedida e acompanhada de forte intervenção do legislador infraconstitucional no direito das obrigações,

²⁰⁹ “Seção conclusiva de uma composição (sinfonia, sonata etc.) que serve de arremate à peça”. HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br>. Acesso em: 22/10/2010

²¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>. Acesso em: 22/10/2010.

²¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 7.

²¹² MALHEIROS, Pablo. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008. (Coleção Professor Rubens Limongi França; 4). p. 36.

principalmente para tutela dos contratantes vulneráveis e para a proteção da vítima de danos, com a expansão da responsabilidade objetiva.²¹³

A idéia essencial, trazida pela constitucionalização do direito civil, consiste em interpretar os dispositivos do Código Civil com base nos mandamentos constitucionais – e não o contrário, como era de praxe até então.

É freqüente, no caso da responsabilidade civil, utilizar-se do fenômeno da reconstitucionalização do direito civil como forma de justificação da expansão da responsabilidade civil objetiva. Entretanto, está-se a propor aqui, outro ponto de vista: as limitações dessa objetivação da responsabilidade, pautada no dano, sob o ponto de vista da constitucionalização do direito civil e, especialmente, de sua repersonalização.

Maria Celina Bodin de MORAES - grande defensora da abordagem da responsabilidade civil a partir da reparação do dano, como foco principal²¹⁴ - alerta para “a inundação de novos danos ressarcíveis, nada criteriosa, capaz de pôr em risco – em vez de proteger – os próprios fundamentos éticos e sociais que deram origem à extensão da responsabilização”.²¹⁵

Da mesma forma, Anderson SCHREIBER reputa como consequência direta do que ele chama de “erosão dos filtros tradicionais da reparação”, mais pretensões indenizatórias passaram a ser acolhidas pelo Poder Judiciário.²¹⁶

Duas observações merecem ser feitas. Em primeiro lugar, conforme se buscou mostrar ao longo do trabalho, não se acredita que ocorra uma erosão dos filtros da responsabilidade civil, pois, em muitos casos concretos, depende-se dos pressupostos tradicionais para se chegar a um julgamento justo. Em segundo lugar, nesse aumento do acolhimento das pretensões indenizatórias, percebido por Anderson SCHREIBER, reside, em si, o problema da percepção do direito à reparação apenas levando em conta o dano ou o risco, por eles próprios.

Para melhor explicar, empresta-se a expressão utilizada pelo professor Rodrigo Xavier LEONARDO, ao tratar do tema, quando mencionou “os indenizados descuidados e a cortesia com o chapéu alheio”.²¹⁷

²¹³ LÔBO. *Teoria...* ob. cit. p. 3.

²¹⁴ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. Prefácio da Obra: SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009. p. XI.

²¹⁶ SCHREIBER. ob. cit. p. 81.

O professor, através de uma análise desenvolvida “entre o pensamento jurídico e a *praxis*”, expôs que, se de um lado o sujeito exige “*ampla reparação de danos*, por outro, não aceita o cerceamento da *liberdade de agir que causa danos*”.²¹⁸

Pelo mesmo caminho de pensamento segue o professor Luiz Edson FACHIN, ao constatar que a superação do antropocentrismo exacerbado “faz do sujeito um ser multifacetado pelo consumo que almeja, também, atender desejos paradoxais, como incolumidade a qualquer preço e plenitude de responsabilidade, especialmente aquela que se projeta para fora de sua própria esfera, recaindo sobre o Outro e mesmo sobre o Estado, em sentido amplo”.²¹⁹

De um lado, um crescente desejo de liberdade; de outro, ampla indenização para todos os danos causados – especialmente os causados pelos outros.

O professor Luiz Edson FACHIN chama atenção ao fato de que mesmo sonhos não realizados ensejam responsabilização, ao configurar a responsabilidade pela perda de uma chance.

Rodrigo Xavier LEONARDO adverte quanto ao fato de que, freqüentemente, leva-se em conta “a responsabilização do causador do dano e a desconsideração da responsabilidade de todos os demais, como se apenas fosse rememorada a *dignidade* do lesado nas relações sociais”.²²⁰

Pode-se considerar esta situação como produto tanto do “giro conceitual”, do *ato ilícito* para o *dano injusto*²²¹, como fator primordial de reparação civil, quanto do “giro epistemológico”, do autor do dano à vítima.²²²

Eis aqui as principais idéias trazidas pela responsabilidade civil, hoje.

Com efeito, ao descrever a reconstrução teórica da matéria da responsabilidade civil, com base nos danos causados, Roberto ALTHEIM chega a afirmar que “se antes se dizia que “*não há responsabilidade sem culpa*”, agora pode-se afirmar que “*não há responsabilidade sem dano injusto*”.²²³

Não há como negar que o instituto da responsabilidade civil ganhou com tal mudança paradigmática. A mudança, na concepção do professor Luiz Edson

²¹⁷ LEONARDO. *O regresso...* ob. cit.

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ FACHIN. *Responsabilidade...* ob. cit.

²²⁰ LEONARDO. *O regresso...* ob. cit.

²²¹ Idem.

²²² FACHIN. *Responsabilidade...* ob. cit.

²²³ ALTHEIM. ob. cit. p. 16-17.

FACHIN, traz “outros dados de certa ética cultural da pessoa humana, que se direcionou para o direito”.²²⁴

É inegável que a proteção da vítima, colocando-a em lugar de destaque ao se pensar a indenização, é benéfica ao direito, além de ser coerente com as idéias de constitucionalização do direito civil e proteção da pessoa humana.

Entretanto, traz-se aqui o alerta do professor Luiz Edson FACHIN ao afirmar que “tais caminhos são relevantes e atraentes, porém, alguns deles podem se revelar falsos ao se afastarem de uma necessária e imprescindível metodologia de investigação”.²²⁵ Para o professor, cultos a velhos individualismos são trazidos à tona e desassossegos são gerados.

Entre eles, o “predomínio dos valores decorrentes das relações de mercado sobre os valores decorrentes das relações pessoais que estejam informados por direitos constitucionalmente assegurados”.²²⁶

Some-se a isso, a chamada “loteria de indenizações”,²²⁷ em que não há como prever o resultado das ações, e o distanciamento das decisões do Poder Judiciário das idéias teóricas básicas da responsabilidade civil: culpa e causa.

Como resultado, verifica-se que “a análise econômica do direito voltada para o tema da culpa traduz por indiferentes os pressupostos da culpa e do risco, eis que o cálculo toma o risco como produto da probabilidade do dano, remetendo-se ao rigor matemático da magnitude respectiva, tempo e lugar”.²²⁸

Chega-se, então, ao ponto de reflexão almejado pelo presente trabalho.

A culpa, considerada como um elemento de humanidade, na responsabilidade civil, não pode ser abandonada, tampouco relegada a papel coadjuvante. A análise de um caso pautada na *culpa* permite, em muitas situações, uma defesa mais ampla, o que se mostra em harmonia com a tutela dos direitos e garantias individuais trazida pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º).

Propõe-se, ainda, uma análise pautada na *repersonalização* do direito civil.²²⁹

²²⁴ FACHIN. *Responsabilidade... ob. cit.*

²²⁵ Idem.

²²⁶ Idem.

²²⁷ Expressão de ATIYAH, Patrick. *The damages lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997. *Apud*. SCHREIBER. *op. cit.* p. 3.

²²⁸ FACHIN. *Responsabilidade... ob. cit.*

²²⁹ SILVA, José Robson da. *Curso de Direito Civil*. Ministrado na Universidade Estadual de Ponta Grossa. Ponta Grossa, 2010.

Sobre o assunto, vale a transcrição das palavras de Orlando de CARVALHO:

A 'repersonalização' do direito civil, ou a polarização da teoria em volta da pessoa, que lá se preconiza, não parte de nenhum *parti-pris filosófico jusnaturalista* ou 'personalista', mesmo no estilo Mounier (que ainda rejeitaria a usura impudente que faz desse termo certa política, no Portugal dos dias de hoje, quando ontem se calava ante a proibição do Esprit...). como se diz no n. 6, do que se trata é pura e simplesmente de, sem nenhum compromisso 'com qualquer forma de liberalismo económico e com qualquer espécie de retorno a um individualismo metafísico' repor o indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação *jure civile*' não apenas 'como o actor que aí privilegiadamente intervém mas, sobretudo, como o móbil que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação'.²³⁰

Nesse contexto, tem-se a proteção integral da pessoa humana (da vítima), justificada pela idéia da solidariedade social e responsável por colocar o risco como o ponto central da responsabilidade civil. Como se demonstrou, através da interpretação de Marcos Bernardes de MELLO, esta centralidade não implica na objetivação da responsabilidade.

Sobre a repersonalização do direito civil, Paulo Luiz Netto LÔBO afirma que "a restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais".²³¹

Feita tais colocações, a reflexão lançada é a seguinte: a tendência à objetivação da responsabilidade civil seria, em verdade, uma tendência à despersonalização do instituto da responsabilidade civil?²³²

Inegavelmente, o foco sai da pessoa e passa para o dano.

Entretanto, estar-se-ia lançando muito além das possibilidades do presente trabalho, caso, nele, aventurasse-se a responder à indagação.

Trata-se de uma possibilidade teórica que não pode ser esgotada nestes limites e que aponta para uma continuidade, que se dará em outros espaços de reflexão acerca da responsabilidade civil.

Enquanto não se encontra - ou se constrói - uma solução perfeita (se é que essa existe), cabe ao jurista não negligenciar a culpa como importante - e não exclusivo - pressuposto gerador de responsabilidade civil que é.

²³⁰ CARVALHO, Orlando de. A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites. Coimbra: Centelha, 1981. p. 10.

²³¹ LÔBO. *Teoria...* ob. cit. p. 7.

²³² SILVA, J. R. da. *Curso de Direito Civil...* ob. cit.

4. O PAPEL DOS TRIBUNAIS

No presente capítulo, buscar-se-á demonstrar, através da exposição de alguns julgados, os diversos posicionamentos adotados pela jurisprudência, decidindo ora pela responsabilidade objetiva, ora pela subjetiva.

Serão utilizadas, como base e como fonte dos julgados, as palestras proferidas pelos professores Eroulths CORTIANO JUNIOR²³³ e Rodrigo Xavier LEONARDO²³⁴, no II Congresso Internacional de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná.

Pode-se constatar, no encerramento do trabalho aqui desenvolvido, que é de relevo o papel do Poder Judiciário, na conjuntura atual enfrentada pela responsabilidade civil.

Conforme afirmou o professor Eroulths CORTIANO JUNIOR, “estamos no meio do caminho entre a responsabilidade civil e o direito de danos, entre os pressupostos tradicionais da responsabilidade e a busca das causas atributivas da responsabilidade. No percurso entre a culpa moral e a culpa normativa”.²³⁵

Nesse contexto, em que se prescinde de uma unidade teórica e mesmo legislativa diante dos “novos danos”, algumas possibilidades são apontadas pela nova doutrina, como, por exemplo, a seleção de interesses tutelados, através do método de ponderação.²³⁶

Entretanto, o que se percebe é que, em maior ou menor grau, sempre se acaba por reconhecer a importância do magistrado no desenvolvimento da matéria. Veja-se, por exemplo, o que afirma Anderson SCHREIBER:

Diferentemente do que sugerem propostas como essas, o problema da seleção de interesses tutelados não parece ser tanto o de identificar um critério único, mas o de adotar um método de atuação judicial, que permita, diante de cada caso particular, um juízo de ressarcibilidade que não se centre simplesmente sobre a consideração estática e abstrata do interesse alegadamente lesado, mas que o tome em consideração de modo dinâmico e concreto, em face do interesse lesivo. (...) O que se propõe é que, muito

²³³ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Responsabilidade civil: a jurisprudência em um caso particular**. Curitiba: UFPR. Palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito Civil da UFPR. 20 out. 2010.

²³⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **O regresso da culpa e a quantificação dos danos. Análise crítica do art. 944 do CCB**. Curitiba: UFPR. Palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito Civil da UFPR. 20 out. 2010.

²³⁵ CORTIANO. *op. cit.*

²³⁶ Cf. SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

diversamente, diante da alegação de lesão ao interesse à privacidade, o magistrado verifique qual é, no caso concreto, o interesse lesivo, e, sendo tal interesse também tutelado em abstrato, proceda a um exame de prevalência entre ambos os interesses com base nas condições relevantes do conflito que lhe vem submetido. Somente concluindo-se pela prevalência em concreto do interesse lesado é que se pode falar, tecnicamente, em dano ressarcível.²³⁷

Na prática dos Tribunais, conforme apontado por Eroulths CORTIANO JUNIOR, a preocupação com a vítima e o ressarcimento do dano são prioridades. “Estabelecido isto, vai-se, ao depois, em busca da fundamentação do julgamento. Como, num caminhar contrário, é a fundamentação que se tem de adaptar ao resultado do julgamento”.²³⁸

i) Palestra do professor Eroulths CORTIANO JUNIOR:

O professor propôs a reflexão sobre responsabilidade civil a partir de vários julgados que versam sobre a Síndrome de Stevens-Johnson.²³⁹ Tal síndrome se caracterizaria pela reação alérgica causada pelo uso de dipirona. Salientou-se alguns aspectos peculiares: a) o desconhecimento dos mecanismos fisiopatológicos da doença, b) a síndrome pode ser desenvolvida por qualquer indivíduo, c) a inexistência de teste *in vivo* ou *in vitro* para detectar ou prever a síndrome.

Indaga-se sobre a atribuição da responsabilidade: ao médico, ao hospital, ao Estado, no caso de hospitais públicos ou ao laboratório?

O conjunto de julgados, trazidos ao longo da apresentação, demonstra grande contradição entre as decisões.

²³⁷ SCHREIBER. *op. cit.* p. 244-245.

²³⁸ CORTIANO. **Responsabilidade civil...** *op. cit.*

²³⁹ “A síndrome de Stevens-Johnson consiste em uma reação alérgica grave, envolvendo erupção cutânea nas mucosas com necrose (olhos, nariz, uretra, vagina, trato gastrointestinal e trato respiratório). Esta reação pode ser causada por estímulos causados principalmente por drogas ou infecções virais (ainda que, em grande parte dos casos a etiologia específica não seja facilmente identificável). As drogas mais freqüentemente suspeitas são a penicilina, os antibióticos contendo sulfa, os barbitúricos, os anticonvulsivantes, os analgésicos, os antiinflamatórios. É conhecida morfológicamente, pelo aparecimento de sangramentos, lesões cutâneas e comprometimento visual (deixo de trazer fotos, porque são chocantes). Ocorre descamação da pele e das mucosas em graus variados, com formação de bolhas (o indivíduo fica com o aspecto de um grande queimado).” CORTIANO. *op. cit.*

Não se reconhece responsabilidade do médico, via de regra, a não ser quando este falha ao identificar os sintomas, ocasionando maiores danos à vítima. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE MÉDICA e hospitalar. INDENIZAÇÃO. danos morais. configuração. erro. Considerando que os procedimentos adotados pelos profissionais que atenderam a autora se mostraram diligentes e atentos e, levando em consideração que a Síndrome de Stevens Johnson é raríssima, não havendo como prever sua ocorrência, bem como evidenciado que a droga (Bactrim) foi devidamente indicada, sendo suspensa no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após sua administração e suspeita da reação adversa. Ausente a relação de causa e efeito entre a conduta dos profissionais e a ocorrência do dano. (TJRS – 6ª Câmara Cível – Apelação Cível 70006032379 – Rel. Des. Artur A. Ludwig – julg. 26.11.2003)

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. DISTRIBUIÇÃO DA SUCUMBÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. Não alertados os pais da jovem falecida, pessoas de condição humilde, pelo profissional de medicina que a atendia, sobre a possível correlação entre o medicamento administrado e os sintomas apresentados pela paciente – Síndrome de Stevens Johnson – não tomaram, os primeiros, medidas tempestivas no combate a esse mal, mostrando-se insuficientes para tal simples suspensão do remédio e o encaminhamento a um dermatologista. Possível desconhecimento da síndrome acima apresentada, que introduz ao conceito de imperícia. Ausência de investigação do caso a revelar negligência profissional. Danos materiais e morais concedidos dentro de critérios jurisprudenciais razoáveis. Co-demandado inocentado por ter atendido a menor incidentalmente e dentro da diligência que lhe era exigível. Distribuição da sucumbência que atendeu à valorização do reconhecimento do ilícito indenizável. Honorários advocatícios. Majoração que se impõe. APELAÇÃO DO RÉU IMPROVIDA, PROVENDO-SE EM PARTE A DOS AUTORES. (TJRS – 10ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 70003355740 – Rel. Des. Luiz Ary V. de Lima – julg. 27.03.2003)

Quanto à responsabilidade do hospital, parte-se de uma relação de consumo, de modo que é entendida como objetiva (ainda que, de acordo com a teoria de Marcos Bernardes de MELLO, não seja correto assim denominá-la). No caso de hospital público, o professor Eroulths CORTIANO JUNIOR afirmou que “se tem entendido que sua responsabilização do Estado não pode ser afastada, porquanto o fundamento para que seja configurada a responsabilização estatal deflui, *per se*, de sua própria atividade, ou seja, quando a sua atuação – ainda que por ato lícito – venha a causar danos”.

No que tange à responsabilização do laboratório, destaca-se o dever de informação deste. O professor destaca, ainda, a impossibilidade de exclusão do risco, tratando-se de um risco “risco latente, periculosidade inerente ou risco intrínseco”, derivante da natureza, qualidade ou modo de funcionamento da coisa.

Para ilustrar, traz os seguintes julgados, que demonstram grande contradição entre as decisões:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL MUNICIPAL. ALERGIA A PENICILINA. SÍNDROME DE STEVENS-JOHNSON COM SEQÜELAS. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DO SERVIÇO.

(TJRJ – 9ª Câm. Cív. – Apelação Cível 0003842-96.1999.8.19.0003 – Rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Fróes – julg. 12.07.2010)

INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - MOLÉSTIA DECORRENTE DE USO DE MEDICAMENTO - SÍNDROME DE STEVENS-JOHNSON - CAUSALIDADE - PROVA - INEXISTÊNCIA - RISCO NATURAL E PREVISTO - INFORMAÇÃO ADEQUADA - INAPLICABILIDADE DA NORMA DO ART. 12 DA LEI 8.078/90 - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

Para incidência da norma do art. 12 da Lei 8.078/90, necessária a demonstração de nexo causal entre o fato do consumo e o dano suportado. Hipótese em que, ademais, expressamente advertido na bula do medicamento que poderia ocorrer, como efeito colateral, o desenvolvimento daquela moléstia, sendo este um risco natural e previsto que não caracteriza o defeito do produto.

(TJMG – 3ª Câm. Civil – Apelação Cível nº 2.0000.00.351542-8/000(1) – Rel. Des. Edilson Fernandes – julg. 06.03.2002)

MEDICAMENTO. REAÇÃO ALÉRGICA. RELAÇÃO DE CONSUMO. MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. DEVER DE INFORMAÇÃO.

A responsabilidade do profissional médico perante seu paciente é a subjetiva, prevista no artigo 14, § 4º, do CDC, requerendo, portanto, a demonstração de culpa para a configuração do dever de reparar. Situação em que a médica não se desincumbiu do dever de informação, na medida em que não informou à paciente as possíveis reações alérgicas que poderiam advir do tratamento ministrado. Falha do dever de informação que acarreta o dever de reparar pelo dano moral sofrido. Orientação doutrinária e jurisprudencial.

LABORATÓRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RISCO INERENTE.

O serviço prestado pelo laboratório fabricante de medicamento insere-se na relação de consumo, e a responsabilidade é objetiva. Situação em que os danos decorrentes da periculosidade inerente não dão ensejo ao dever de indenizar, uma vez que o laboratório fabricante do medicamento ingerido pela autora fez constar, da bula do remédio, todas as possíveis reações alérgicas que eventualmente poderiam ser sentidas pelos usuários. Orientação doutrinária.

APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

(TJRS – 9ª Câm. Cível – Apelação Cível 70030952246 – Rel. Des. Tassio Caubi Soares Delabary – julg. 09.12.2009)

Parece estar ocorrendo uma flexibilização do princípio da segurança jurídica pelo princípio da eficácia social do direito que, em última análise, revela a complexidade da matéria.

ii) Palestra do professor RODRIGO XAVIER LEONARDO:²⁴⁰

O tema da apresentação foi “O regresso da culpa e à quantificação dos danos. Análise crítica do art. 944 do CCB”. Para verificar como os tribunais têm aplicado o dispositivo que estabelece a culpa como elemento de quantificação, fez de uma exposição dos seguintes julgados:

a) TJRJ. SÉTIMA CÂMARA CÍVEL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS INFRINGENTES Nº 286/2009. RELATOR: DES. CAETANO E. DA FONSECA COSTA, 11 de novembro de 2009:

Trata-se de pretensão de indenização por danos morais, em que a embargante viu sua indenização reduzida por força da aplicação do parágrafo único, art. 944, Código Civil de 2002.

Destaca-se, no corpo do acórdão a seguinte passagem:

O Embargante tem notoriedade na matéria, pública com regularidade textos técnicos sobre segurança e como Autor deles merece ter preservada sua autoria. Esses textos, que não são meramente informativos, tanto que utilizados como material de concurso, possuindo vasta orientação técnica, foram de fato utilizados pela Embargada, que deles se aproveitou para editar apostilas, visando o preparo de concurso para o Banco Central e retirando é óbvio o lucro desse negócio.

Não importa que esse material lhe fora destinado por terceiro, porque editou as apostilas. Aliás, na contestação a Embargada nem chega a negar a identidade do material que utilizou com os textos do Embargante, limitando-se a tentar transferir essa responsabilidade para terceiro, por ela contratado, que estaria responsável pelo serviço.

Parece que poderá responsabilizar esse terceiro, mas só em direito de regresso, se for o caso.

Há, assim, demonstração suficiente da autoria dos textos por parte do Embargante e nem se pode duvidar do conteúdo técnico e científico das informações neles reproduzidas.

Ora, como a Embargada não questiona a semelhança dessas publicações, nem contesta a autoria dos textos, fica patente que os buscou mesmo na internet, ainda que pelas mãos do terceiro que contratou.

Deve reparar nessa linha de raciocínio o prejuízo que causou ao Embargante, conforme recomenda o texto legal.

²⁴⁰ LEONARDO. O regresso... *op. cit.*

Não pode ser no entanto esse prejuízo arbitrado como o fez o voto vencido, que prestigiou o julgado do primeiro grau e estabeleceu o valor do dano em R\$108.000,00.

Essa indenização deve ser medida e quantificada segundo os ditames do artigo 944, Parágrafo Único do novo Código Civil. (...) No caso presente, observada a extensão da responsabilidade da Ré, precisa ser aquele valor reduzido e arbitrado o final a reparação em R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), com correção monetária de agora e juros legais da citação. (grifos nossos)

b) TJPA. QUARTA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO N.º 2006.3.004283-2. RELATORA: DES.ORA MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES, 02 de outubro de 2008:

Trata-se de apelação contra sentença que julgou pedido de indenização material e moral, por inscrição indevida em cadastros restritivos de crédito, condenando as rés ao pagamento de R\$50.000,00, cada uma per si, referente ao dano moral. No que tange ao pedido de indenização por dano material, julgou improcedente, ante sua inexistência.

A apelante/apelada viu sua indenização reduzida de R\$50.000,00 para R\$30.000,00, também por força de aplicação do art. 944, parágrafo único, Código Civil/02.

Destaca-se na decisão em comento:

O quantum indenizatório deve ser proporcional ao dano moral sofrido, visando assegurar à lesada a justa reparação pelos danos, sem, no entanto, incorrer em enriquecimento da vítima.

A legislação civil pátria assim dispõe:

O art. 944, parágrafo único do Código Civil elucida: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. Ou seja, o valor devido a título de indenização por dano moral, como material, deve-se atentar para o resultado da lesão, para o dano e sua extensão.

Com efeito o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do STJ, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (...)

Destarte, diante das particularidades do pleito em questão, dos fatos assentados pelas instâncias ordinárias, bem como observados os princípios da moderação e razoabilidade, o quantum fixado pelo Juízo a quo mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso.

Portanto, com o fito de assegurar ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito, reduzo o valor indenizatório, para fixá-lo na quantia certa de R\$30.000,00 (trinta mil reais).

c) TJPR. OITAVA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL N.º 309807-1. RELATORA: DES. MIGUEL KFOURI NETO, 27 de abril de 2006:

O processo diz respeito a uma criança de três anos, levada pela avó até ao médico por beber muita água e fazer muito xixi. O médico que a atendeu, ministrou tratamento para pneumonia. Ante o agravamento do estado de saúde da criança, transferiu-se a paciente para Cornélio Procópio, onde a médica encarregada, após ouvir os mesmos relatos da avó sobre os sintomas, realizou teste de diabetes, constatando que a criança apresentava índice glicêmico de 550, após ter sido tratado pelo médico original com soro glicosado.

No relato dos fatos, consta que “desde o internamento, cerca de 9h30min do dia 05.4.99, até o dia seguinte, às 14/15h, NATÁLIA recebera mais ou menos oito litros de soro glicosado”.

A sentença de primeiro grau considerou procedente o pedido de indenização, sob o argumento erro crasso de diagnóstico e imprudência. Condenou o médico a arcar com indenização por danos materiais, na forma fixada e a ser calculada em liquidação de sentença. Condenou-o, ainda, ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada em duzentos salários-mínimos - cerca de R\$52.000,00 - mais encargos de sucumbência.

Julgando o recurso de apelação, aplicou-se o parágrafo único do art. 944, do Código Civil atual, concluindo que a culpa do médico seria “leve”. Deste modo, reduziu-se a indenização por danos morais, de R\$52.000,00 para R\$25.000,00.

Destaca-se:

A inovação representada pelo parágrafo único do artigo 944 do novo Código Civil, entretanto, introduz a necessidade de o juiz estabelecer o grau da culpa com que se houve o causador do dano, no propósito de fixar com maior justiça a indenização.

Assim, o julgador, após demonstrar, concretamente, em que consistiu o agir culposo do réu, deverá avaliar a intensidade da imprudência, imperícia ou negligência verificada no caso concreto - se grave, leve ou levíssima. Somente após análise fundamentada, tendo em conta o padrão de conduta do homem prudente, passará o juiz à quantificação da indenização. O julgador é livre nessa análise; conserva grande liberdade de apreciação. Não existe regra fixa. Preponderará a equidade - como o próprio texto legal recomenda.

Mas a culpa há de resultar configurada, plenamente provada. Impõe-se,

doravante, considerar a maior ou menor gravidade da culpa - não para se imputar responsabilidade, posto que, para tal, basta a existência da culpa - mas ao fito de se estabelecer o valor da indenização: "A extensão da indenização será determinada por arbítrio judicial, conforme a equidade, as circunstâncias e a condição dos interessados. Assim, portanto, o juiz pode decretar uma indenização meramente parcial." (ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, p. 618.)

Mas incumbirá ao juiz, tendo como ponto de partida hipotética indenização integral, estabelecer o valor apropriado da reparação, a partir de criteriosa análise da extensão da culpa com que se houve o agente.

Ao juiz, quando decidir ação de reparação de danos, fundada na alegação de culpa, incumbirá demarcar, na motivação do "decisum", quatro fases distintas:

- na primeira, analisará a existência da culpa - e, caso positivo esse juízo, firmar-se-á a obrigação de indenizar;
- na segunda, resolverá a questão das verbas indenizatórias, concedendo aquelas que entender cabíveis (danos emergentes, lucros cessantes, pensionamento, danos morais, etc.), com adequada motivação;
- no terceiro momento, já admitido o agir culposo - devidamente provado - o julgador estabelecerá o grau da culpa, por ele identificado, no caso concreto. Quando grave, exporá as razões do seu convencimento e deferirá a reparação integral, já explicitada - encerrando-se aí a sentença. Todavia, caso reconhecida culpa leve - ou levíssima - passará à quarta fase, que consistirá na indicação, fundamentada, do percentual ou valor da redução, aplicável a cada uma das parcelas integrantes da indenização, deferidas à vítima.

Nesta última fase, a par do grau da culpa, deve-se evidenciar a excessiva desproporção entre a culpa e o dano - ou seja, o prejuízo ocasionado pela mínima negligência, v.g., deve assumir grande vulto.

Nessa apuração, como o dano é o requisito de maior visibilidade, dentre os que integram a responsabilidade civil, uma vez fixado o grau da culpa, não haverá dificuldade para se identificar a ocorrência ou não da desproporção a que alude o parágrafo único do art. 944.

Na hipótese "sub judice", repita-se, não se pode inquirir de grave a culpa do médico. Enquadra-se no figurino da culpa leve, relacionada à conduta diagnóstica.

Por isso, a fixação dos danos morais em R\$52.000,00 não me parece adequada à realidade de um médico-pediatra interiorano, razão pela qual, com fulcro no já mencionado dispositivo legal, tal verba há de ser reduzida

para R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), mantidas as demais injunções da r. sentença.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando-se ao encerramento do presente trabalho monográfico, cumpre apontar os principais pontos nele abordados, como forma de realizar uma integração temática, de modo a se chegar a uma melhor compreensão da responsabilidade civil, sob a perspectiva da culpa.

Inicialmente, buscou-se analisar o desenvolvimento sociológico do conceito de culpa, desde a época em que a reparação do dano não tinha tutela jurídica, sendo realizada no âmbito da vingança privada. Procurou-se tratar, de forma geral, o delineamento da responsabilidade civil, com o advento da *Lex Aquilia*, responsável pela construção inédita de um conceito de culpa, já na Idade Média.

No direito francês, assiste-se ao surgimento de um princípio geral de responsabilidade civil, consagrado pelo *Code de Napoléon*, e pautado na noção aquiliana de culpa, influenciada pela religião, notadamente pela Igreja Católica. O diploma francês vai servir de inspiração para vários outros, inclusive para o Código Civil brasileiro de 1.916.

Com o advento da modernidade e a complexização das relações intersubjetivas, assiste-se a um aumento de pedidos de indenização por danos, de modo que o conceito clássico se mostra insuficiente para solucionar todas as demandas propostas. Ocorre, num primeiro momento, tentativas de expansão do conceito tradicional e de presunção de culpa, para assistir-se, então, a eclosão do risco, como fundamento central da responsabilidade civil.

Feito o delineamento dos principais momentos da culpa, dentro da responsabilidade civil, passa-se à análise pormenorizada em particular deste elemento, uma vez que gira em torno dele o presente trabalho.

Para tanto, além de definições do conceito de culpa, buscou-se analisar os critérios geradores de seu conceito, bem como os seus elementos integradores. Dessa forma, distingue-se culpa e dolo, culpa *in abstracto* e culpa *in concreto*, culpa subjetiva e objetiva.

As análises desenvolvidas conduzem, inevitavelmente, a uma das grandes discussões atuais da matéria da responsabilidade civil: a sua separação ou unificação em responsabilidade contratual e extracontratual.

Os defensores da unificação proclamam ser mais importante a indenização do dano, em si. Com isso afirmam que as categorias devem ser centralizadas. Entretanto, surgem vozes destoantes, que, pautadas numa reflexão embasada no critério de imputação, e na própria liberdade dos indivíduos, defendem a manutenção da separação.

Observa-se, ainda, que, a despeito de ter perdido o foco principal como pressuposto do dever de indenizar, a culpa ainda ocupa um lugar central no ordenamento civil, vide o artigo 186, do Código Civil. Destaca-se também o art. 927, parágrafo único, que, apesar de trazer a possibilidade de responsabilização sem culpa, o faz apenas em caráter de exceção, quando a lei permitir ou a atividade for de risco.

Parte-se, então, rumo a uma revisão de conceitos tradicionais da responsabilidade civil. Utilizando como base a Teoria do Fato Jurídico, na doutrina de por PONTES DE MIRANDA, apresenta-se a Teoria da Transsubjetividade da responsabilidade civil.

Constatando-se que não há, nos casos previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro, objetividade no sentido técnico-científico da palavra, procura-se identificar os critérios orientadores do conceito. Isto porque, objetividade, além da ausência de culpa, exige a incondicionalidade da imputação. Vale dizer, ocorrendo o dano, deve ocorrer imediatamente a imputação do dever de indenizar, e por consequência, o agente vê surgir de pronto sua responsabilidade.

Parte-se da análise pautada nas excludentes de responsabilização, que por sua vez desconstituiriam o caráter incondicional de imputação, por representarem hipóteses em que não se obriga o causador do dano a indenizar.

Através de uma análise dos principais casos de responsabilidade “objetiva” previstos no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que objetividade não há.

Qual seria então essa responsabilidade? – indaga-se. Como já aludido, está-se a tratar da responsabilidade transsubjetiva. Em tal espécie, verifica-se a presença de três elementos: o objetivo (elemento objetivo: dano causado por terceiro, fato da coisa ou animal), o subjetivo (o nexos resultante do autor ou instrumento causador do dano e aquele a quem se imputa o dever de indenizar, independente de culpa efetiva deste) e, por fim, o elemento misto, que reside justamente na previsão de excludentes de responsabilidade.

Observa-se, diante do exposto, que a transsubjetividade vai além da conduta subjetiva do agente, mas também não a desconsidera totalmente, como ocorreria num caso de responsabilidade objetiva.

A Teoria da Transsubjetividade bastaria, em si, para verificar a ampla e resistente presença da culpa no sistema jurídico atual. Mas não se esgota aí esta constatação. Parte-se, ainda, para a análise do parágrafo único do art. 944, do Código Civil atual, que possibilita a quantificação da reparação civil, pautada no critério da culpa. Eis aí mais um ponto de ampla discussão doutrinária, com alguns fazendo sua defesa e outros se posicionando contra a regra adota pelo Código Civil atual. São apresentados os dois pontos de vista.

Por fim, propõe-se, com base em todas as temáticas e pontos desenvolvidos ao longo do trabalho, uma reflexão que defende ser a culpa um fator de humanidade, dentro do direito civil. Com efeito, há inúmeros casos que apenas um julgamento através da culpa permite um juízo mais compatível com os valores de justiça e equidade.

Parte-se da análise constitucional do direito civil, e critica-se a crescente economização do direito, verificada em diversas de suas áreas, especialmente na responsabilidade civil com a chamada “loteria de indenizações”, onde, sem um critério doutrinário ou legal consistente, fica legada à discricionariedade do juiz a decisão de reparação. Com efeito, a exposição de algumas jurisprudências, no derradeiro capítulo, expõe a gritante contradição do Poder Judiciário, em muitos dos julgados que lhe são apresentados.

Como já aludido ao longo do trabalho, não há pretensões de defender o retorno da culpa como único ou principal pressuposto do dever de indenizar. Propõe-se, em verdade, uma reflexão por outro foco de análise e por outro ponto de vista, repensando que papel a culpa ainda desempenha hoje.

Em trabalho sobre o nexo de causalidade, Bianca Bacci BIZETTO afirmou: “a dispensa da causalidade não é avessa ao que foi neste trabalho desenvolvido. Ao revés, coaduna-se com a necessidade de verificar, em cada caso concreto, as peculiaridades que envolvem os fatos jurídicos, fazendo da tarefa do jurista uma constante busca pela coerência e senso de justiça”.²⁴¹

²⁴¹ BIZETTO, Bianca Bacci. **O nexo de causalidade como elemento do fato jurídico indenizativo**. Monografia (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007. p. 93.

Reflexão semelhante pode ser empregada ao critério da indenização pela *culpa*. Não se está a ir de encontro à responsabilização pautada no risco ou à análise da responsabilidade civil fundamentada no dano, em si.

Pelo contrário, reconhece-se o valor da matéria estudada sob a perspectiva do direito de danos, como forma de melhor tutelar os interesses da vítima.

Busca-se, de outro modo, apontar as limitações e insuficiências das novas tendências adotadas em matéria de responsabilidade civil.

Almeja-se, com isso, não encontrar a solução salvadora, a resposta final para todos os questionamentos da responsabilidade civil, mas, apenas, contribuir e participar do debate.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHEIM, Roberto. **Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar**. Curitiba: Juruá, 2008.

BÍBLIA Sagrada. 10ª ed. São Paulo: Ave Maria, 1997.

BRASIL. Congresso Nacional. **Código Civil Brasileiro**, Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CC/IVIL/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15/08/2010.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 6.453/77**, de 17 de outubro de 1977. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Brasília, DF, 17 out. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6453.htm>. Acesso em: 25/08/2010.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 6.938/81**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 25/08/2010.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 10.308/01**, de 20 de novembro de 2001. Dispõe sobre a seleção de locais, a construção, o licenciamento, a operação, a fiscalização, os custos, a indenização, a responsabilidade civil e as garantias referentes aos depósitos de rejeitos radioativos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 nov. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10308.htm. Acesso em: 25/08/2010.

BIZETTO, Bianca Bacci. **O nexo de causalidade como elemento do fato jurídico indenizativo**. Monografia (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007.

BUSSANI, Mauro. **As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado**. Tradução de Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites.** Coimbra: Centelha, 1981. p. 10.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo código civil.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CHEMAMA, Roland. **Dicionário de Psicanálise.** Tradução: Francisco Franke Settineri. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Responsabilidade civil: a jurisprudência em um caso particular.** Curitiba: UFPR. Palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito Civil da UFPR. 20 out. 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 11ª Ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** v. 7. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DUARTE, Ronnie. Responsabilidade Civil e o Novo Código: contributo para uma revisão conceitual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo. Vol. 850, ano 95, p. 57-88. Ago/2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação.** Curitiba: UFPR. Palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito Civil da UFPR. 19 out. 2010.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Curso de **História do direito.** Ministrado na Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2.006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Responsabilidade civil**. 7ª Edição atualizada e ampliada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/>. Acesso em: 22/10/2010.

JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**. Tomo II. Vol. I. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América. Bosch y Cia. - Editores, 1950.

JUSTOS, Antônio dos Santos. **Responsabilidade extracontratual no direito romano. Breve referência ao direito português**. Curitiba: UFPR. Palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito Civil da UFPR. 21 out. 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5ª ed. rev. e atual. à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetria**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LERNARDO, Rodrigo Xavier. Curso de **Direito Civil A**. Ministrado na Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2.007.

_____. **O regresso da culpa e a quantificação dos danos. Análise crítica do art. 944 do CCB**. Curitiba: UFPR. Palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito Civil da UFPR. 20 out. 2010.

_____. **Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro**. Revista de Direito Privado. v. 19, jul./set./2004. Ano 5. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade: Coordenadores.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>. Acesso em: 22/10/2010.

_____. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. 1ª edição. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996

_____. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963.

MALHEIROS, Pablo. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008. (Coleção Professor Rubens Limongi França; 4).

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **O Direito Privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>. Acesso em: 22/10/2010.

MAZEUD, Henri et Léon. TUNC, André. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. Tome Premier. Paris: Éditions Montchrestien, 1957.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Responsabilidade civil do produtor e do fornecedor por vício ou defeito do produto ou do serviço: uma revisão de conceitos**. In: Temas de Direito Civil Contemporâneo. Estudos sobre o direito das obrigações e contratos em homenagem ao professor Paulo Luiz Netto Lôbo. Coordenadores: Marcos Ehrhardt e Daniel Conde Barros. Salvador: JusPodivm, 2009.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 2.0000.00.351542-8/000(1)**. Terceira Câmara Cível. Julgado em 06 de março de 2002. Relator Edilson Fernandes.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias

contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 847-871.

MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo**. São Paulo: Atlas. 2006.

NALIN, Paulo. **Apontamentos críticos sobre o dano moral contratual: enfoque a partir da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça**. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 903-929.

NETTO, J. R. Vieira. **O risco e a imprevisão: Duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. Coordenação: Instituto dos Advogados do Paraná. Edição Póstuma. Curitiba: Juruá, 1989.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PARÁ, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 2006.3.004283-2**. Quarta Câmara Cível. Julgado em 02 de outubro de 2008. Relator Ora Maria de Nazaré Saavedra Guimarães.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo I. nº 0370. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.974.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIII. nº 1.133. Rio de Janeiro: Editora Borsoi. 1.966.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0003842-96.1999.8.19.0003**. Nona Câmara Cível. Julgado em 12 de julho de 2010. Relator Marco Aurélio dos Santos Fróes.

_____. **Embargos de declaração nos embargos infringentes nº 286/2009.** Sétima Câmara Cível. Julgado em 11 de novembro de 2009. Relator Caetano E. da Fonseca Costa.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70006032379.** Sexta Câmara Cível Julgado em 26 de novembro de 2003. Relator Rel. Des. Artur A. Ludwig.

_____. **Apelação Cível nº 70003355740.** Décima Câmara Cível. Julgado em 27 de março de 2003. Relator Luiz Ary V. de Lima.

_____. **Apelação Cível nº 70030952246.** Nona Câmara Cível. Julgado em 08 de dezembro de 2009. Relator Tassio Caubi Soares Delabary.

SALVI, Cesare. **Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. La responsabilità Civile.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A, 1998.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

SEBASTIÃO FILHO, Jorge. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e seus reflexos na atividade empresarial.** Revista Jurídica da Faculdade União. Ano 4, nº 1. Ponta Grossa: Faculdade Educacional de Ponta Grossa, 2010.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo.** São Paulo: Bushatsky, 1.976.

SILVA, José Robson da. **Curso de Direito Civil.** Ministrado na Universidade Estadual de Ponta Grossa. Ponta Grossa, 2010.

_____. **Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 6ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.